Erläuterungen,

Zusätze und Berichtigungen

zu

v. Wening-Ingenheims

Lehrbuch

des

gemeinen Civilrechts.

Von

Dr. Johann Adam Fritz,

ordentlichem Professor der Rechte und ordentlichem Beisitzer des Spruchcollegs an der Großherzoglich Badischen Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau.

Erster Band,

erstes und zweites Heft enthaltend.

Freiburg, 1834.

Druck und Verlag der Gebrüder Groos.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Erläuterungen,

Zusätze und Berichtigungen

zu

v. Wening-Ingenheims

Lehrbuch

des

gemeinen Civilrechts.

Von

Dr. Johann Adam Fritz,

ordentlichem Professor der Rechte und ordentlichem Beisitzer des Spruchcollegs an der Großherzoglich Badischen Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau.

Erstes Heft,

die Einleitung und die allgemeinen Lehren enthaltend.

Freiburg, 1833.

Druck und Verlag der Gebrüder Groos.

46. D

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorrede.

Aufgemuntert durch die gütige Nachsicht, womit berühmte Gelehrte meine bisherigen kleinen civilistischen Versuche aufgenommen und beurtheilt haben, erlaube ich mir, dem juristischen Publikum hier den Anfang eines eigentlichen Buchs vorzulegen.

Die erste Veranlassung dazu gab mir der Wunsch, meinen Zuhörern und mir bei der größten unter den heutigen juristischen Vorlesungen, den Pandekten, die Zeit, die gewöhnlich dem Dictiren und Nachschreiben gewidmet wird, zu ersparen, ohne den Zweck desselben zu verfehlen. Hierzu kam aber der Gedanke, daß auch außer dem Kreise meiner Zuhörer mancher

von den zahlreichen Lesern des Lehrbuchs, welches ich meinen Pandektenvorlesungen zu Grund lege, den Wunsch haben möchte, hin und wieder eine einzelne Lehre oder einen einzelnen Satz desselben commentirt und vervollständigt, überall aber die Wahrheit seiner Behauptungen einer strengen Prüfung unterworfen zu sehen. Dieser Gedanke bestimmte mich, dem Buche eine etwas größere Ausdehnung zu geben, als sein nächster Zweck nothwendig machen würde; jedoch behielt ich diesen immer im Auge, und werde es auch bei den zwei folgenden Heften thun, welche in den nächsten vier Monaten nachfolgen werden, und von welchen das eine die Lehren von den dinglichen Rechten und von den Obligationen, das andere das Familienrecht, das Erbrecht und die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand enthalten wird.

Wäre ich so glücklich, von anerkannten Civilisten das Urtheil zu vernehmen, daß dieses Unternehmen nicht in ganz unwürdige Hände gerathen, und daß auch hin und wieder ein eigener Gedanke geäußert werde, der nicht ganz unwerth sey, dem Sachverständigen Publikum zur Prüfung vorgelegt zu werden,

so würde ich darin eine große Aufmunterung zu weiteren literärischen Bestrebungen finden. Daß das Buch, und zunächst dieses erste Heft, seine Schwächen hat, fühle ich wohl; und so ich sehr demselben wohlwollende Beurtheiler wünsche, so wenig wünsche ich seine Schattenseiten mit Stillschweigen übergangen zu sehen. Eine gründliche wohlwollende Belehrung darüber, mag sie öffentlich oder privatim Statt finden, wird mich zu aufrichtigem Danke verpflichten, den ich hauptsächlich dadurch an den Tag legen werde, daß ich das Verfehlte künftig besser zu machen suche.

Die ungedruckten Gedanken Anderer (namentlich meiner unvergeßlichen Lehrer in Gießen und meiner hochverehrten Collegen in Freiburg), die ich mitzutheilen nicht unterlassen konnte, habe ich meistens unter Nennung ihrer Urheber angegeben. Hin und wieder habe ich diese auctoris laudatio wohl auch aus Versehen unterlassen. Am leichtesten konnte mir dieses bei einzelnen von den neuen Aufschlüssen begegnen, die ich in den Vorlesungen des Herrn Geheimenraths v. Löhr vernommen habe. Auch erinnere ich mich in diesem

Augenblicke, in der Lehre von der Selbsthülfe nicht besonders bemerkt zu haben, daß ich mehrere Hauptgedanken den processualistischen Vorlesungen des Herrn geheimen Justizraths Stickel verdanke.

Freiburg, den 18. Februar 1833.

J. A. Fritz.

Bayerische Staatsbibliothek München

Einleitung.

I. Aufgabe der Pandektenvorlesung.

In welchem Sinne man zur Zeit der exegetischen[1]) Methode den Ausdruck Pandektenvorlesungen gebrauchte, bedarf keiner Erwähnung. Unter den im sechszehnten und siebzehnten Jahrhunderte aufgekommenen dogmatischen Vorlesungen nach der sogenannten Legalordnung führte jenen Namen diejenige, welche secundum ordinem Digestorum s. Pandectarum gehalten wurde. Da es bis zum Anfange des achtzehnten Jahrhunderts neben dieser im Ganzen nur noch eine ausführliche dogmatische Vorlesung[2]) gab, nämlich das sogenannte Canonicum, welches nach der Ordnung der Decretaliensammlung Gregors IX. gelesen wurde; so war die Aufgabe der Pandekten sehr umfassend. Alle praktische gemeinrechtliche Bestimmungen, die unter die Rubriken der einzelnen Titel in Justinians Pandekten nur einigermaßen paßten, wurden abgehandelt; selbst die rein germanischen Institute wurden als usus modernus von verwandten römischen Instituten mitgenommen. Seit dem Anfange des achtzehnten Jahrhunderts aber, wo über Staatsrecht, Criminalrecht, Proceß u. s. w. besondere Collegien aufkamen, beschränkte man sich in den Pandekten auf das heutige römische Privatrecht. Dieses trägt man seit einigen Jahrzehnten nicht mehr nach der Legalordnung vor, sondern

[1]) Ueber die verschiedenen Lehrmethoden s. Mackeldey Lehrb. des heutigen römischen Rechts §. 107 u. fgg. und die dort cit. Schriftsteller.

[2]) In den Institutionen wurden nur die Grundzüge des Justinianeischen Privatrechts als Einleitung in die Pandekten gegeben.

nach einer sogenannten systematischen Ordnung, die sehr verschieden ist, wiewohl sie immer mit dem Systeme der Institutionen von Gajus und Justinian vieles gemein hat. Den einmal gangbaren Namen behält man aber auch jetzt noch bei.

Eine Pandektenvorlesung in dem heutigen Sinne hat die Aufgabe, die heutigen gemeinrechtlichen Normen über die bei uns geltenden römischen privatrechtlichen Institute in systematischer Ordnung ausführlich darzustellen. Hiernach können nicht als eigentlicher Gegenstand, sondern höchstens zuweilen zur Erläuterung des eigentlichen Gegenstandes, vorkommen: 1) particularrechtliche Bestimmungen; 2) Bestimmungen, die nicht dem Privatrechte angehören; 3) Bestimmungen, die sich nicht auf römische Institute beziehen; 4) Bestimmungen über römische Institute, die bei uns nicht gelten, z. B. die Sklaverei; 5) veraltete Bestimmungen über recipirte römische Institute[3]). In so weit solche Bestimmungen noch dem Justinianeischen Rechte angehören, und erst durch das canonische Recht oder durch gemeinrechtliche einheimische Quellen abgeändert sind[4]), wird immer der auch sonst zuweilen[5]) vorkommende Fall eintreten, daß das Abgeschaffte der Deutlichkeit und Gründlichkeit wegen als abgeschafft mitgenommen werden muß. Ja in einer Lehre, nämlich in der Lehre von Begriff, Eingehung und Aufhebung der Ehe und von den Verlöbnissen, beschränken sich Heise und Wening mit Recht auf das jetzt großen Theils abgeschaffte Justinianeische Recht. Diese Lehre ist nämlich durch die katholischen und protestantischen kirchlichen Autoritäten so sehr modificirt, daß sie in ihrer heutigen Gestalt nicht mehr hauptsächlich auf römischer Quelle beruht, und daß sie deswegen in dem Kirchenrechte abgehandelt wird. Man könnte sie aus diesem Grunde in den Pandekten ganz übergehen, wenn nicht, abgesehen von der

---

3) z. B. die lex Cincia über Schenkungen.

4) z. B. die römischen Regeln über stipulationes und nuda pacta.

5) z. B. in der Lehre von den Legaten und Fideicommissen.

Vorbereitung zu dem Kirchenrechte, andere noch praktische römische Bestimmungen genau mit ihr zusammenhingen.

Von der bezeichneten Aufgabe der Pandekten ist die der Institutionen in dreifacher Rücksicht verschieden. 1) In den Institutionen werden nur die Grundzüge gegeben; 2) man läßt sich nicht auf Beweise und besonders nicht auf Controversen ein; 3) der Gegenstand ist das Justinianeische Privatrecht, mit Inbegriff der Bestimmungen über die bei uns nicht recipirten Institute, in so weit nicht schon in der Rechtsgeschichte genug darüber vorkommt, wie dieses bei der Sklaverei der Fall ist, und mit Ausschluß der canonisch- und deutschrechtlichen Modificationen. Uebrigens werden diese Gesichtspunkte nicht immer ganz festgehalten.

Der §. 1. des Lehrbuchs stimmt mit dem Gesagten im Ganzen überein. Jedoch kann ich folgende Bemerkungen nicht unterdrücken. Erstens scheint mir Wening in der neuesten Auflage im Anfange (S. 1 u. 2) zu weit auszuholen, weswegen ich denn auch hier nicht auf eine Beleuchtung des dort Gesagten eingehe. Zweitens halte ich das, auch vom Verfasser so genannte, gemeine deutsche Privatrecht eben so gut für ein gemeines Privatrecht oder Civilrecht, wie dasjenige, welches den Gegenstand der Pandektenvorlesung ausmacht, und deswegen kann ich Denjenigen nicht beistimmen, welche den Ausdruck gemeines Civilrecht zur speciellen Bezeichnung des letzteren gebrauchen. Drittens ist die in diesem §. sich findende vorläufige Angabe der Quellen unserer Vorlesung unvollständig, wie aus §. 4 a. hervorgeht.

II. Quellen derselben.

A. Quellen selbst.

Nach dem Gesagten erscheint als Hauptquelle (unsere Juristen sagen oft: als directe Quelle) der Pandektenvorlesung das Corpus Juris Civilis. Neben diesem sind aber wegen der gemeinrechtlichen Modificationen, die das römische Recht in Deutschland erleidet, (als indirecte Quellen) auch die sonstigen gemeinen Rechtsquellen zu berücksichtigen.

1) Ueber die Hauptquelle und die Hülfsmittel zur Erklärung derselben s. §. 2—4. Uebrigens habe ich über die Reception des römischen Rechts in Deutschland zu diesen §§. Mehreres zu bemerken. — Einmal kann ich nicht zugeben, daß, wie §. 2. sagt, das römische Recht in Deutschland wegen der Art seiner Reception kein juristisch gemeines sondern nur ein historisch gemeines Recht sey, d. h. daß seine allgemeine subsidiäre Anwendbarkeit nur auf einer Uebereinstimmung der Partikularrechte beruhe. Man mag über die Gewohnheit, wodurch es zuerst aufgenommen wurde, denken, wie man will, so liegt auf jeden Fall darin, daß später dem Reichskammergerichte und dem Reichshofrathe, zweien Gerichten für das ganze Reich, die Anwendung desselben ohne Beschränkung auf eine Gegend durch die angeführten Gesetze zur Pflicht gemacht wurde, eine reichsgesetzliche Reception für ganz Deutschland. — Sodann hat die im §. 3. erwähnte Regel: quod non agnoscit glossa etc. ihre guten Gründe [6]) für sich, und wurde immer als bindend betrachtet, wenn auch zuweilen aus Unwissenheit nicht glossirte Stellen zur Anwendung gebracht wurden. Nur das Letztere sagt der in der Note ss. für eine ganz andere Behauptung citirte Mühlenbruch. Uebrigens finden sich nur im Codex [7]) und unter den Novellen nicht glossirte Stellen, die das Civilrecht betreffen, denn die wenigen nicht glossirten Pandektenstellen schlagen sämmtlich in das Criminalrecht ein. — Was endlich die Behauptung betrifft, daß in Deutschland der griechische Originaltext der Novellen der versio vulgata vorgehe, so möchte sie an sich allerdings gegründet seyn, indem es inconsequent wäre, sich mit Höpfner, Schweppe und anderen Juristen hier an den fehlerhaften Text, den die Glossatoren gebrauchten, binden zu wollen, während man sich in den übrigen Theilen des Corpus Juris

[6]) Mackeldey Lehrbuch §. 95, 2.

[7]) Ueber die nicht glossirten Codexstellen sind jetzt auch zu bemerken: Karl Witte die leges restitutae des Justinianeischen Codex. Breslau 1830. 8. Friedr. Aug. Biener Vorschläge zur Revision des Justin. Codex in Hinsicht seiner Integrität; in der Zeitschr. für gesch. RW. B. 7. S. 115 folg.

nicht daran bindet; aber bei der Ausführung wird der Umstand große Schwierigkeit machen, daß man nicht leicht bei einer einzelnen Novelle mit Bestimmtheit wird sagen können, der griechische Text sey das Original und zwar das einzige.

2) Die indirecten Quellen werden angegeben in den §§. 5 und 6, und in dem §. 4a. Eine nähere Bekanntschaft mit der Geschichte und mit der Beschaffenheit des Corpus Juris Canonici und der Reichsgesetze erwirbt man sich in anderen Vorlesungen. Hier nur ein Paar Worte von der Abtheilung und dem Allegiren der im §. 3. aufgezählten Theile des ersteren.

Das Decret zerfällt in drei Theile. Der erste und der dritte zerfallen in distinctiones und canones; und man citirt sie durch blose Angabe der Zahl der dist. und des can., nur wird der dritte Theil durch den Zusatz: de consecratione, von dem ersten unterschieden. Der zweite Theil zerfällt in caussae, quaestiones und canones; und wird auch so einfach allegirt wie der erste Theil. C. 33. qu. 3. mit der Rubrik: de poenitentia, zerfällt ausnahmsweise nicht blos in canones, sondern in distinctiones und canones, und wird citirt wie der erste Theil, nur mit dem Zusatze: de poenitentia. Die späteren zu dem C. J. Can. gehörenden Compilationen, welche als Supplementbände zu dem Decrete zu betrachten sind, haben, mit Ausnahme der Extravaganten Johannes XXII., das Gemeinschaftliche, daß jede in fünf Bücher zerfällt, deren Gegenstände durch den Gedächtnißvers: judex, judicium, clerus, connubia, crimen, angedeutet werden, dann jedes Buch in Titel und jeder Titel in capitula. Citirt werden sie wie Justinians Pandekten und Codex; nur wird natürlich jede Compilation anders bezeichnet, z. B. die von Gregor mit einem X, die von Bonifaz mit in 6to, oder mit VI, sodann werden die einzelnen Stellen nicht fr., const. oder L. genannt, sondern immer cap.

B. Von der Anwendung der Quellen.

1) Von dem richtigen Gebrauche der fremden Rechte.

Hierüber stellt §. 8. zwei richtige Regeln unter 1 und 2 auf, von welchen man die zweite auch so ausdrückt: die fremden Rechte seyen in complexu recipirt. Jedoch muß man, um Mißverständnisse zu vermeiden, hinzufügen, daß sie nur in subsidium recipirt sind. Auch die unter 3 angegebenen leitenden Grundsätze über die wirkliche oder angebliche Nichtanwendbarkeit der fremden Rechte auf gewisse Materien sind im Ganzen richtig. Jedoch muß man bei Dem, was unter C. vorkommt, auf der einen Seite bemerken, daß das römische öffentliche Recht nicht recipirt ist, und auf der anderen auf das Wort „Bedingung" das gehörige Gewicht legen. Von den unter D. erwähnten Fällen, in welchen Schweppe die fremden Rechte nicht angewendet wissen will, sind die vier ersten von der Art, daß man die Eigenschaft des Richters als Dieners der Gesetze ganz verkennen müßte, wenn man dieser Ansicht beitreten wollte. Was die zwei letzten betrifft, so sieht man gar nicht, was Schweppe hier sagen will. Denn was gehört in das jus strictum, welches bei uns nicht gelten soll? oder in das Formularrecht, welches ebenfalls nicht gelten soll? Gehören dem letzteren alle römische Formalitäten an, also z. B. auch die Testamentsformen? oder etwa nur die formulae actionum, von denen schon das Justinianeische Recht nichts mehr weiß? An dem aber, was Schweppe von der römischen Terminologie sagt, ist etwas Wahres. Diejenigen römischen Rechtssätze, welche nur den im Zweifel anzunehmenden Sinn eines bei Rechtsgeschäften oder in Gesetzen vorkommenden Ausdrucks angeben, sind bei uns insofern nicht geradezu anwendbar, als bei uns bei Rechtsgeschäften und in einheimischen Gesetzen nicht derselbe lateinische sondern nur ein ähnlicher deutscher Ausdruck vorkommt, mit welchem man nicht ganz denselben Sinn verbindet. Anwendungen kommen namentlich in der Lehre von den Servituten vor. Uebrigens fehlt es hier an dem Gegenstande, von welchem die betreffenden Rechts-

sätze reden. Der Fall paßt daher unter die bei A. angeführte Regel.

2) Rangverhältniß der Quellen.

Hier muß man trennen das Verhältniß der verschiedenen Gesetzgebungen zu einander und das Verhältniß der einzelnen Theile einer Gesetzgebung.

a) Unter den verschiedenen Gesetzgebungen (§. 9.) gehen

α) die einheimischen den fremden vor, indem diese nur in subsidium recipirt sind. Die subsidiäre Anwendung des römischen Rechts ist übrigens verschieden, je nachdem es sich um römische Institute handelt, wie in dieser Vorlesung, oder um einheimische Institute, wie z. B. in der Vorlesung über das deutsche Privatrecht. Bei römischen Instituten, von denen gewiß ist, daß sie bei uns gelten, hat jeder einzelne Satz des glossirten Corpus Juris die Vermuthung der Anwendbarkeit für sich; die Reichsgesetze, Gewohnheiten, Particulargesetze und sonstigen einheimischen Quellen sind ganz als jus correctorium zu behandeln. Bei einheimischen Instituten dagegen gilt Das, was im §. 8. unter B. gesagt wird; wobei es sich von selbst versteht, daß in denjenigen Beziehungen, in welchen das römische Recht im Lauf der Zeit über das einheimische den Sieg davon getragen hat, dieses als nicht mehr existirend den Vorzug nicht in Anspruch nehmen kann. Bei der subsidiären Anwendung des canonischen Rechts führt die Natur der Sache zu ähnlichen Unterscheidungen [8]).

β) Ueber das Verhältniß zwischen dem römischen und dem canonischen Rechte sind die verschiedensten Ansichten aufgestellt worden. Es handelt sich eigentlich um die Frage, welchem von den beiden Corpora Juris bei der Reception der Vorzug zugestanden worden ist. Es gibt nun Punkte, in welchen das canonische entschieden auf die Seite gesetzt

---

[8]) Es gibt freilich auch canonische Bestimmungen, welche die Kirche für unabänderlich erklärt, und welche daher nicht blos in subsidium anzuwenden sind. Solche kommen jedoch in dieser Vorlesung nicht vor.

und dafür das römische recipirt worden ist, und zwar theils durch unzweifelhafte Gewohnheit, wie z. B. in der Lehre von dem gerichtlichen Zeugniß der Frauenspersonen, theils durch ausdrückliche Gesetze, wie z. B. in der Lehre von den Zinsen; und es gibt andere Punkte, bei welchen sich das Gegentheil nachweisen läßt, z. B. in der Lehre von der bona fides bei der Ersitzung. Ja die Punkte sind sehr selten, für welche sich nicht eine specielle Entscheidung dieser oder jener Art nachweisen läßt. In diesen seltenen Fällen kommt es auf die Frage an: welchem Corpus Juris gestattete man bei der Reception regelmäßig den Vorzug vor dem andern? Diese Frage ist nirgends entschieden, und war von jeher bestritten. Ein Theil [9]) sagt: das canonische Recht hat immer im Zweifel den Vorzug. Ein anderer Theil, und darunter Wening, nimmt von dieser Regel die Stellen des canonischen Rechts aus, welche keine absichtliche Abänderung des römischen Rechts enthalten, sondern nur aus einem erweislichen Mißverständniß davon abweichen. Ein dritter Theil [10]) gibt dem canonischen Rechte nur vor den geistlichen Gerichten den Vorzug, und ein vierter [11]) nur in gewissen Klassen von Materien, zu welchen die gewöhnlichen privatrechtlichen nicht gehören, nämlich in Kirchen-, Ehe-, Gewissens-, Proceß- und Eidessachen [12]). Noch Andere [13]) nehmen gar keine Präsumtion an, sondern verweisen lediglich auf den jedesmaligen Gerichtsgebrauch. Mir scheint es, man müsse sich an den Umstand halten, daß das römische Recht in dem canonischen Rechte als ein älteres geltendes Recht, gleichsam als ein älteres canonisches Recht, vorausgesetzt wird. Ich meine, wer zwei Gesetzgebungen, die in diesem Verhältniß mit einander stehen,

---

[9]) z. B. der angeführte J. H. Böhmer, Glück und jetzt Biener in opusc. acad. Lips. 1830. Tom. II. pag. 228—232.

[10]) z. B. Eyben, Strauch und Duck; sämmtlich in besonderen Abhandlungen.

[11]) z. B. Struv synt. jur. civil. Ex. 2 Th. 39. Hellfeld jurisprud. for. §. 81.

[12]) Auf andere Weise distinguiren Lauterbach Coll. pand. §. IX, Hofacker princ. j. civ. T. 1, §. 53.

[13]) Quistorp Beitr. 4. St. S. 124 fgg. Mühlenbruch l. c.

gleichzeitig recipirt, von dem müsse man annehmen, er wolle den Vorrang, soweit er sich nicht besonders darüber ausspricht, der neuern zugestehen, gerade wie man von Demjenigen, welcher Justinians Compilation mit dessen Novellen recipirt, im Zweifel annehmen muß, er wolle die Novellen wirklich als Novellen gelten lassen, d. h. ihnen den Vorzug vor der Compilation einräumen [14]). Ist dieses Argument entscheidend, so wird selbst für die Anwendbarkeit derjenigen canonischen Stellen die Vermuthung streiten, welche aus Mißverständniß von dem römischen Rechte abweichen. Denn die Regel, daß neue Gesetze den älteren vorgehen, beschränkt sich bekanntlich nicht auf den Fall, wo der neue Gesetzgeber das ältere Recht richtig verstanden und absichtlich abgeändert hat. Es kommt vielmehr auf die Motive, die den Gesetzgeber zu dem neuen Ausspruch bestimmt haben, gar nicht an. Hätte ich in dieser Behauptung Unrecht, so müßte man auch die Reichs-Notariats-Ordnung überall, wo sie aus Mißverständniß von den römischen Bestimmungen über die letzten Willens-Ordnungen abweicht, unangewendet lassen; und doch hat man bekanntlich immer das Gegentheil gethan.

b) Was die einzelnen Theile derselben Gesetzgebung betrifft, so geht

α) unter den deutschen Reichsgesetzen das neuere dem älteren unbedingt vor, indem hier der Anwendung des bekannten Satzes: lex posterior derogat priori, kein Grund entgegensteht; auch

β) das neuere canonische Recht geht dem älteren vor, jedoch sind hierüber specielle Erörterungen nöthig, die übrigens, weil sie nur kirchenrechtliche Bestimmungen betreffen, in die Vorlesung über das Kirchenrecht verwiesen werden können.

---

14) Ueber die canonischen Bestimmungen, die schon zu Justinians Zeit existirten, s. Nov. 6, 83, 131 und 137, wonach dieselben unbedingt gelten sollen. Auf diese Stellen macht der in der Note 9. cit. Biener aufmerksam, und eben so auf mehrere Capitularien, welche das canonische Recht als ein göttliches über die Gesetze des Staats stellen.

γ) Mehr ist zu sagen über das Verhältniß der einzelnen Theile und Stellen des Corpus Juris Civilis. Unbestritten ist es, daß die Novellen allem Anderen vorgehen, und daß die jüngere Novelle der älteren vorgeht. Dagegen über das Rangverhältniß zwischen Institutionen, Pandekten und Codex, und zwischen den einzelnen Stellen in einem dieser Werke, ist man durchaus nicht einig. Um hier klar zu sehen, muß man die Entstehungsgeschichte dieser drei Werke mit besonderer Rücksicht auf ihre Bestimmung kennen gelernt haben, woraus sich ihre besondere Beschaffenheit ergibt. In dieser Beziehung verweise ich hauptsächlich auf die citirte Abhandlung von Löhr.

Da der neue Codex mit den Pandekten die Bestimmung hat, das ganze Recht der Zeit, wo jener publicirt wurde, darzustellen, so fragt es sich vor Allem, in welchem Verhältniß die hier gesammelten Stellen stehen. Diese Frage wird nicht überflüssig durch Justinians Versicherung, daß hier keine Widersprüche vorkommen [15]. Denn damit will er nur sagen: von den Stellen, welche gleichen Rang haben würden, und doch über denselben Punkt Entgegengesetztes sagen, hat man immer nur die eine aufgenommen; und selbst diese Versicherung des Kaisers bewährt sich nicht immer. Daß Stellen von verschiedenem Range, d. h. solche, von welchen die eine als neuer der andern vorgehen soll, absichtlich aufgenommen wurden, hat einen doppelten Grund. Einmal kann man aus den neuen Verordnungen, wodurch alte Institute reformirt werden, nur die reformirte Seite dieser Institute kennen lernen. Ueber das noch geltende Alte mußten daher ältere Stellen aufgenommen werden, wenn die Sammlung ihrem Zwecke entsprechen sollte. Solche ältere Stellen nehmen aber auf die späteren Reformen keine Rücksicht, sondern reden so, wie es das unreformirte Recht ihrer

[15]) Für den alten Codex verordnet dieses const. Haec quae necessario §. 2, und daß die Verordnung befolgt worden, versichert const. Summa reipublicae §. 1. Für die Pandekten verfügt es const. Deo auctore §. 4. 9., und daß es befolgt worden, versichert const. Tanta §. 1. Von dem neuen Codex versichert es die const. Cordi nobis §. 3.

Entstehungszeit mit sich bringt. Die Aufnahme einer solchen Stelle hat natürlich nur den Sinn, daß der, und nur der Theil ihres Inhalts gelten soll, welchen die neue Verordnung nicht abändert. Der Kaiser hat also die Absicht, der neueren Verordnung den Vorrang einzuräumen [16]). Sodann mußten auch Stellen, deren Inhalt durch ganz neue Verordnungen ganz aufgehoben ist, deswegen aufgenommen werden [17]), weil diese keine rückwirkende Kraft haben sollen, und es doch streng verboten war, in irgend einem Processe eine ältere kaiserliche Constitution, die nicht im Codex steht, oder eine Aeußerung eines Juristen, die nicht in die Pandekten aufgenommen ist, zu berücksichtigen [18]). Stellen, die man aus jenem oder diesem Grunde aufnahm, waren, obgleich sie das neueste Recht nicht enthalten, doch keine ganz veraltete; ihre Aufnahme stand daher nicht in Widerspruch mit der Versicherung Justinians, daß nichts Veraltetes aufgenommen sey [19]). Auch hat sich hin und wieder ungeachtet dieser Versicherung gegen Justinians Absicht etwas wirklich Veraltetes eingeschlichen, und hier muß natürlich auch das entgegen stehende Neue vorgehen. Es gibt also drei Klassen von Fällen, welche die Frage nach dem Rangverhältniß nöthig machen, und dazu kommt noch bei Stellen gleichen Ranges, die in wahrem Widerspruch stehen, von denen also die eine aus Versehen aufgenommen ist, die Frage, welche Stelle absichtlich, und welche aus Versehen aufgenommen ist.

Was nun das Verhältniß zwischen den Pandektenstellen auf der einen und den Codexstellen auf der andern Seite betrifft, so muß sich der eigentliche Vorrang noch nach denselben Regeln bestimmen, wie früher, bevor jene und diese in zwei Sammlungen gebracht wurden. Durch das Sammlungsgeschäft bezweckte man nämlich nicht eine Aenderung des bisherigen Rangverhältnisses zwischen den

[16]) So finden wir es z. B. in Betreff der Peculien und der Wirkungen der Adoption.

[17]) Daß dieses geschehen, sagt Justinian selbst in Nov. 89. c. 7.

[18]) c. Tanta §. 23. c. Dedit nobis §. 10. 17. 19. 23. c. Summa reipublicae §. 3.

[19]) Justinian sagt dieses selbst. Procem. Inst. §. 3—5. const. Tanta §. 11. const. Dedit nobis §. 11.

als Gesetze geltenden juristischen Schriften auf der einen, und den kaiserlichen Constitutionen auf der andern Seite, sondern nur eine Erleichterung des Gebrauchs von jenen und diesen, vermittelst Wegwerfung des Ueberflüssigen. Vor Allem wird also eine constitutio edictalis des Codex, welche so neu ist, daß sie in der ihr gegenüberstehenden Pandektenstelle noch nicht berücksichtigt seyn kann, vor dieser einen wirklichen Vorrang haben; und diese Regel wird auf die Constitutionen der christlichen Kaiser gewöhnlich passen. Aus gleichem Grunde werden zuweilen auch Constitutionen, die keine Edicte sind, einen wirklichen Vorrang vor den Pandekten nach Justinians Willen ansprechen können. Gewöhnlich werden aber die vorconstantinischen Constitutionen des Codex, mit welchen Pandektenstellen nicht harmoniren, mit diesen in dem Verhältniß stehen, daß man sagen muß: wir haben hier nicht einen neueren und einen älteren Rechtssatz, sondern zwei alte Ansichten, zwischen welchen Justinians Compilatoren hätten wählen sollen, welche sie aber aus Versehen beide aufgenommen haben. Einen solchen wirklichen Widerspruch darf man nun nicht leicht annehmen, sondern man muß ihn durch Critik und Interpretation, namentlich durch Distinctionen, zu entfernen suchen. Letztere werden auch vom Kaiser Justinian nachdrücklich empfohlen [20]. Ist dieses aber nicht möglich, so darf man in Deutschland nicht, wie Justinian Anfangs vorschreibt [21], bei dem Regenten anfragen, denn dieser, ohnehin von Justinian selbst später wieder verbotene [22], Weg würde zu einer bei uns ganz verfassungswidrigen Cabinetsjustiz führen [23]. Bei dieser Lage der Sache hat es am meisten für sich, den Codex den Pandekten vorzuziehen. Dafür entscheidet wohl nicht der Umstand, daß die Constitutionen des Codex von Kaisern ausgehen; denn Justinian erklärt ausdrücklich, daß er auch

[20] Freilich zunächst nur in Beziehung auf Pandektenstellen, die einander zu widersprechen scheinen. const. Tanta §. 15.

[21] const. Tanta §. 21. const. Dedit nobis §. 21.

[22] Nov. 125.

[23] Löhr a. a. O. S. 202—208.

allen Pandektenstellen die Kraft kaiserlicher Constitutionen beilege [24]. Aber es spricht dafür, daß der Codex nach der Publication der Pandekten noch einer neuen Revision unterworfen wurde, und deswegen das offenbar begangene Versehen weniger hier als in den Pandekten zu suchen ist; und zu diesem Umstande kommt noch der, daß man gewohnt ist, dem Codex, wenn auch nicht immer aus haltbaren Gründen, den Vorzug zu geben.

Was das Verhältniß der Pandektenstellen unter einander betrifft, so sollen diese nach Justinians Absicht nichts Abweichendes enthalten [25]. Für den Fall eines dennoch sich findenden Widerspruchs „lassen sich", wie Löhr [26]) richtig bemerkt, „keine allgemeine Regeln aufstellen. Der „historische und innere Zusammenhang der Lehre, in welche „die widersprechenden Stellen einschlagen, die Analogie, die „Stelle, welche den widersprechenden Stellen angewiesen ist, „das Alter der Stellen, ihre Beschaffenheit, ja selbst die „Gründe, worauf sie beruhen, sind Dinge, die bei der Ver„einigung beachtet werden müssen: allein was im einzelnen „Falle entscheide, kann nur der richtige Blick eines wissen„schaftlich gebildeten, verständigen Interpreten bestimmen."

Was das Verhältniß der Codexstellen unter einander betrifft, so ist es unbezweifelt, daß nach Dem, was oben von der Aufnahme ganz oder zum Theil abgeschaffter Sätze gesagt wurde, die neuere Constitution oft als solche einen wahren Vorrang vor der älteren in Anspruch nehmen kann; besonders wird dieses bei den Constitutionen der christlichen Kaiser, unter einander und im Verhältniß zu den älteren, immer der Fall seyn. Ob aber dieses Rangverhältniß, wie unter Andern Thibaut [27]) wegen der chronologischen Ordnung in jedem einzelnen Titel, vielleicht auch wegen des beigefügten Datums, behauptet, ganz allgemein eintritt, oder

---

24) c. Deo auctore §. 6. c. Tanta §. 10. 11. 20. c. Dedit nobis §. 10. 11. 20.

25) Deo auctore §. 4. 9. c. Tanta §. 1.

26) a. a. O. S. 215.

27) Zusätze zu Thibauts Pandekten-System, herausgegeben von Braun, §. 35.

ob zwischen Stellen aus der älteren Zeit, die bekanntlich in der Regel zunächst nur einzelne Fälle nach dem Rechte ihrer Zeit entscheiden wollen, zuweilen ein aus Versehen in den Codex hineingekommener wahrer Widerspruch sich findet, der durch ein anderes von den in Beziehung auf widersprechende Pandektenstellen angegebenen Mitteln zu entfernen ist [28]), darüber kann man streiten. Auf keinen Fall ist die Thibaut-sche Regel auf eine unzweideutige Weise allgemein ausgesprochen. Es wird daher am vorsichtigsten seyn, wenn man auch hier dem jedesmaligen Blick des wissenschaftlich gebildeten verständigen Interpreten Alles überläßt.

Nun bleibt uns noch übrig das Verhältniß der Institutionenstellen zu bestimmen. Die Institutionen sollen als Einleitung in das Studium der beiden großen Sammlungen dienen. Zu diesem Zwecke geben sie über einzelne Institute eine kurze innere Rechtsgeschichte; hauptsächlich aber sollen sie das Recht, welches zur Zeit ihrer Publication galt, in seinen Hauptsätzen darstellen. Hieraus ergibt sich Folgendes. Diejenigen Constitutionen des Codex, welche nach Verfertigung der Institutionen erst erlassen wurden [29]), haben vor diesen den Vorrang. Sonst soll der dogmatische Theil der Institutionen mit Demjenigen, was aus Pandekten und Codex als das neueste Recht herausgefunden werden kann, im Ganzen harmoniren. Höchst selten ist eine neue Verfügung von Justinian nur in den Institutionen zu finden [30]). Die Institutionen haben also, abgesehen von diesen wenigen Fällen und von den nach ihnen publicirten Codex-stellen, gleichen Rang mit denjenigen Stellen der Compilationen, welche das vor den Novellen praktisch gewesene Recht enthalten, seyen diese Stellen nun in dem Codex oder in den

[28]) Löhr sagt das oben in Beziehung auf die Pandekten Angeführte auch in Beziehung auf Codexstellen, die einander zu widersprechen scheinen.

[29]) Es sind folgende acht: c. 56. 57. C. de episc. (1, 3); c. 2. C. de off. P. P. Afr. (1. 27); c. 3. C. de jurej. propt. cal. dando (2, 59); c. 1. C. de caduc. toll. (6, 51); c. 15. C. de legit. heredit. (6, 58).

[30]) Hierher kann man die von Wening cit. Stelle über das Eigenthum an dem Gemählde zählen.

Pandekten enthalten; sie haben dagegen den Vorrang vor denjenigen Stellen, welche Antiquirtes enthalten, so weit dieses der Fall ist, und sich aus der Vergleichung mit anderen Stellen der Compilationen, und namentlich des Codex ergibt, jene Stellen mögen Pandekten- oder ältere Codexstellen seyn. Scheint nun eine Institutionenstelle mit einer Codex- oder Pandektenstelle von gleichem Range nicht zu harmoniren, so wird die Ursache häufig darin liegen, daß die Institutionen nur das Allgemeine, und nicht auch die feinen Details enthalten, wie die beiden Compilationen; und in solchen Fällen hält man sich natürlich an die letzteren. Findet sich aber ein offenbarer Widerspruch, so kann man zuweilen nachweisen, wo das Versehen liegt[31]; namentlich gehört hierher der Fall, wenn die Institutionen einen fehlerhaften Auszug aus einer Pandektenstelle[32] geben, oder den Inhalt einer klaren constitutio edictalis im Codex fehlerhaft referiren. Kann man dieses aber nicht so gibt man, falls sich die den Institutionen widersprechende Stelle im Codex findet, diesem aus denselben Gründen den Vorzug vor den Institutionen, aus welchen man ihm bei einem wahren Widerspruch mit den Pandekten den Vorzug gibt; findet sie sich dagegen in den Pandekten[33], so läßt sich für den Vorzug der Institutionen der Umstand geltend machen, daß sie eine kurze systematische Darstellung enthalten, die sich leichter überblicken läßt, als die Pandekten, und in welche sich deswegen nicht so leicht etwas Unabsichtliches einschleichen konnte, als in diese große nicht systematisch geordnete Sammlung von Excerpten aus Schriften der verschiedenartigsten Männer. Mackeldey[34] behauptet freilich, es gebühre umgekehrt den Pandekten der Vorzug vor den Institutionen, und führt für seine Behauptung drei Gründe an. Diese scheinen mir

---

[31]) Ein Beispiel, wo es in den Institutionen liegt, gibt Wening B. 1. §. 43. Note s.

[32]) Hieher gehört die von Wening cit. zweite Institutionenstelle.

[33]) So widersprechen sich z. B. §. 39. J. de rerum divis. (2, 1) und fr. 3. §. 10. D. de jure fisci (49, 14).

[34]) Lehrb. §. 96.

aber nicht entscheidend. Er sagt erstens: die Institutionen hätten ein bloses Lehrbuch für den Unterricht werden sollen. Allein Justinian hat sie bekanntlich auch als Gesetzbuch publicirt [35]). Er sagt zweitens: es sey in den Institutionen in der Regel gar nicht darauf abgesehen, etwas von den Pandekten Abweichendes festzusetzen. Dieses ist in allen den Fällen, von welchen wir hier reden, wirklich wahr, aber nur in dem Sinne, daß Institutionen und Pandekten nach Justinians Absicht Dasselbe sagen sollten, oder mit andern Worten, daß nicht in eines dieser Werke das Gegentheil von dem Inhalte des andern aufgenommen werden sollte. Wenn dieß aber aus Versehen dennoch geschehen ist, so handelt es sich, wie schon gesagt, nur um die Frage: wo das Versehen am wahrscheinlichsten begangen worden sey. Er sagt endlich: die Pandekten seyen gewissermaßen als Quelle der Institutionen anzusehen. Wer die Entstehungsgeschichte der beiden Werke kennt, der sieht leicht, daß Mackeldey hiermit nicht mehr kann sagen wollen, als: das Praktische, was in den Pandekten ausführlich dargestellt wird, sollte in den Institutionen kurz dargestellt werden, oder mit andern Worten: von dem Praktischen, was in den Institutionen kurz dargestellt werden sollte, sollte ein Theil in den Pandekten ausführlich dargestellt werden. Ich habe auch oben zugegeben, daß die Pandekten gar oft ergänzen, und auf diese Weise corrigiren, was in den Institutionen unvollständig gegeben wird, so wie es sich zuweilen nachweisen läßt, daß eine Pandektenstelle wirklich die Quelle einer Institutionenstelle und hier fehlerhaft benutzt ist; ich habe endlich auch zugegeben, daß es sonstige Fälle gibt, in welchen ein wahrer Widerspruch Statt findet, und der Fehler offenbar in den Institutionen liegt. Wenn aber ausnahmsweise die Institutionen so vollständig sind als die Pandekten, wenn zugleich die betreffende Institutionenstelle, wie gewöhnlich, nicht aus der Pandektenstelle ausgezogen ist, und sich nicht bestimmt

---

35) const. Tanta §. 11. const. Dedit nobis §. 11. Prooemium Instit. §. 6.

nachweisen läßt, wo der Fehler liegt; alsdann meine ich, könnte der Umstand, daß die Institutionen sonst kürzer sind als die Pandekten, nicht dafür sprechen, daß hier die Institutionen fehlerhaft seyen, sondern er müßte, wie gesagt, wahrscheinlich machen, daß das Versehen in den Pandekten liege.

Was das Verhältniß der einzelnen Institutionenstellen unter einander betrifft, so muß man natürlich die historischen Einleitungen von der dogmatischen Darstellung gehörig unterscheiden. In der letzteren haben alle Stellen gleichen Rang. Es wäre also ein unabsichtlicher wahrer Widerspruch, wenn die eine das Gegentheil von dem Inhalte der andern sagte, und man müßte, wenn dieser Fall vorkäme, offenbar auf dieselbe Weise verfahren, wie wenn Pandektenstellen einander widersprechen.

III. Studium der Pandekten.

Hierüber gibt die neueste Ausgabe des Lehrbuchs S. 24—28 mancherlei gute Winke.

IV. Literatur derselben.

An dieser Stelle kann natürlich nur von solchen Schriften die Rede seyn, die sich nicht auf eine einzelne Materie beschränken. Die wichtigeren unter diesen werden in den §§. 11—23. angegeben. Der im §. 19. angeführte Glück'sche Commentar wird von Mühlenbruch fortgesetzt. Von Mühlenbruchs Doctrina Pandectarum ist 1831 eine dritte Auflage erschienen. Zu den Sammlungen von Abhandlungen desselben Verfassers im §. 22. kommt jetzt auch eine von Ph. E. Huschke[36]) und diejenige, welche ein Abdruck eines Thibaut'schen Collegienhefts seyn soll [37]). Von einem Theile der im §. 23. erwähnten Zeitschriften sind seit dem Druck des Lehrbuchs wieder neue Hefte erschienen. Zu den

[36]) Studien des römischen Rechts B. 1. Breslau 1830. 8.

[37]) Erörterungen über die bestrittensten Materien des römischen Rechts, in Zusätzen zu Thibauts Pandekten-System, siebente Aufl.; herausgeg. v. J. R. Braun. 2 Thle. Stuttg. 1831. 8. Dieses Heft ist nicht immer gut nachgeschrieben. So wird z. B. gleich S. 2. dem A. Faber viel „griechischer“ (soll heißen critischer) Muthwille vorgeworfen, S. 27. wird Ioannes „Lythus“ (aus Lydien) citirt u. s. w.

Redactoren des Archivs für die civilistische Praxis gehören jetzt auch: Linde, Mühlenbruch und Wächter; und bei der Zeitschrift für Civilrecht und Civilproceß ist nach v. Wenings Tode v. Schröter an dessen Stelle getreten. Eine neue hierher gehörige Zeitschrift gibt Roßhirt [38]) heraus.

[38]) Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht, in gleichmäßiger Rücksicht auf Geschichte und Anwendung des Rechts, auf Wissenschaft und Gesetzgebung. H. 1. u. 2. Heidelberg 1831. 1832. 8.

Erstes Buch.
Allgemeine Lehren.

Erstes Kapitel.
Von den Quellen des Rechts.

I. Vom positiven Rechte.

A) Allgemeine Eintheilungen.

Hierüber ist zu §. 1. zu bemerken:

1) Die Unterscheidung zwischen jus naturale, gentium und civile hatte bei den Römern practische Wichtigkeit, indem den Nichtbürgern, die man als Rechtssubjecte anerkannte, nur communio juris naturalis et gentium, und keine communio juris civilis, zugestanden wurde [1]). Heutzutage werden dagegen nach einer gemeinen Gewohnheit die Ausländer in pri-

[1]) Sie hatten namentlich auch weder connubium noch commercium, wenn es ihnen nicht besonders ertheilt war. Gaj. I. §. 56. 57. Nur die latini, die aber nach dem neusten römischen Rechte nicht mehr vorkommen, hatten das commercium auch ohne besondere Ertheilung. Sie bildeten also eine Mittelstufe zwischen den gewöhnlichen Peregrinen und den römischen Bürgern. Savigny in den Abhandl. der Berl. Academie der Wissensch. v. J. 1812 u. 1813 und (neu abgedruckt) in der Zeitschrift für gesch. R. W. B. 5. N. 5. Wenn übrigens Savigny die privatrechtlichen Vorzüge der cives vor den peregrini einzig in dem commercium und in dem connubium sucht, so kann ich ihm nicht beistimmen. Wäre diese Ansicht richtig, so würde ein peregrinus durch Ertheilung jener beiden Rechte privatrechtlich dem Bürger ganz gleichgestellt. Aber mit welchem Rechte kann man in dem so Ertheilten auch das Recht finden, einen römischen Bürger zu adoptiren? oder das Recht sich von einem römischen Bürger adoptiren zu lassen? oder die Fähigkeit zu einer Agnation, welche den status familiae mit sich führt, der bekanntlich ohne den status civitatis nicht möglich ist? oder nur die Fähigkeit, die römische patria potestas durch eheliche Zeugung zu erlangen?

vatrechtlicher Hinsicht im Zweifel gar nicht gegen die Inländer zurückgesetzt [2]). In Rücksicht auf successiones mortis causa hat dieses schon Kaiser Friedrich II. verordnet [3]).

2) Bei der Eintheilung in jus scriptum und non scriptum weichen unsere Juristen häufig in zweifacher Rücksicht von dem römischen Sprachgebrauche ab. — Einmal nehmen sie diese Ausdrücke nicht, wie die Römer, ganz im grammatischen Sinne, sondern sie verstehen unter jus scriptum die eigentlichen Gesetze, auch wenn sie ohne Scriptur gültig erlassen wären, und unter jus non scriptum alles nicht auf eigentlichen Gesetzen beruhende positive Recht, auch wenn es durch eine Scriptur zum positiven Rechte geworden ist, wie z. B. durch die edicta magistratuum und die responsa prudentum. Thibaut [4]) hat darauf aufmerksam gemacht, daß nach den angeführten Institutionenstellen, aus welchen man hier die Pandekten erklären muß, jene Ausdrücke wörtlich zu nehmen sind. Uebrigens hat die Terminologie, wie Zimmern [5]) richtig bemerkt hat, deswegen etwas Technisches, weil es darauf ankommt, ob ein Rechtssatz durch eine Scriptur sanctionirt worden ist oder durch bloßen Gebrauch. Die Institutionenstelle, welche unter andern die edicta magistratuum und die responsa prudentum ausdrücklich als Quellen des geschriebenen Rechts aufführt, will man freilich durch die Bemerkung beseitigen, daß sie diese beiden Quellen von dem Standpunkte des neuern Rechts aus betrachte, welches dieselben nur in so weit noch gelten läßt, als sie in den zu Gesetzen erhobenen juristischen Schriften enthalten sind; und man macht, um das Gewicht dieser Bemerkung zu verstärken, darauf aufmerksam, daß die fragliche Aeußerung nicht schon von Gajus, sondern erst von Justinians Commission herrühre. Allein die Sache verhält sich so. Gajus nennt bei Aufzählung der Rechtsquellen die Gewohnheiten nicht, sondern nur geschrie-

---

2) Höpfner u. Weber im Commentar §. 91.

3) Auth. omnes peregrini C. comm. de succesionib. (6,50.)

4) Versuche (zweite Aufl.) B. 2. S. 266.

5) Geschichte des röm. Privatrechts Bd. 1. §. 14.

bene Rechtsquellen; deswegen spricht er gar nicht von der Eintheilung in jus scriptum und non scriptum. Justinians Commission dagegen will den Anfänger damit bekannt machen, daß auch die Gewohnheiten zu den Rechtsquellen gehören. Hierdurch wird sie denn veranlaßt, auf die Eintheilung in jus scriptum und non scriptum aufmerksam zu machen. Hätte sie sich nun auf den rein practischen Standpunkt stellen wollen, so hätte sie nur die zu Gesetzen erhobenen juristischen Schriften und die kaiserlichen Constitutionen als Quellen des geschriebenen Rechts angeführt. Sie stellt sich aber, zunächst durch Gajus veranlaßt, auf den historischen Standpunkt. Sie will die Quellen angeben, aus welchen das römische Recht im Laufe der Zeit geflossen, nicht die Behälter, aus welchen das so entstandene Recht jetzt zu schöpfen ist. An diese Behälter denkt sie bei der ganzen Darstellung gar nicht; man hat also keinen Grund anzunehmen, daß sie auf die Eintheilung der Quellen Einfluß hätten. — Sodann berücksichtigen unsere Juristen bei dieser Eintheilung auch häufig die Privatdispositonen, wie Testamente, Verträge u. s. w., als Rechtsquellen, während dieselben in den Quellen [6]) durchaus nicht als Rechtsquellen, sondern, gerade wie die widerrechtlichen Handlungen, aus welchen Jemand ein Recht ableiten will, nur als Facta angesehen werden, die unter das Recht zu subsumiren sind. Will man sie aber durchaus als Rechtsquellen behandeln, so entsteht die Frage: ist das aus ihnen fließende Recht geschriebenes oder ungeschriebenes? Am passendsten wird es seyn zu sagen: bald jenes, bald dieses, je nachdem die Disposition schriftlich gemacht wurde, oder nicht [7]). Am sonderbarsten klingt es, wenn man mit Wening sagt: das Recht ist entweder geschriebenes oder ungeschriebenes oder — auf Privatdisposition beruhendes; und wenn man gar statt der Privatdispositionen überhaupt nur die Verträge, nur das vertragsmäßige Recht, als

[6]) Vgl. übrigens Ciceronis orat. partit. c. 17.

[7]) Dies ist offenbar auch der Sinn der angef. Stelle von Cicero.

drittes Glied der Eintheilung dem geschriebenen und ungeschriebenen Rechte gegenüber stellt. Auf eine dritte Art behandelt Thibaut [8]) die Sache. Ausgehend von dem Sprachgebrauche der Neueren (den er übrigens für unrömisch erklärt), wonach das geschriebene Recht identisch ist mit dem von der gesetzgebenden Gewalt publicirten Rechte, zählt er das aus Privatdispositionen fließende Recht zu dem ungeschriebenen. Dieses theilt er dann ein in Vertragsrecht und in gesetzliches ungeschriebenes. Unter dem letzten versteht er nämlich alles dasjenige Recht, welches weder durch einen Ausspruch der gesetzgebenden Gewalt noch durch meine freie Einwilligung, sondern auf andere Weise, für mich bindend geworden ist, also eben so gut das auf letztwilligen Verfügungen eines Verstorbenen, oder auf Befehlen des Hausvaters beruhende, als das durch Gewohnheit entstandene Recht.

3) Unter gemeinem Rechte (jus commune) im Gegensatze von Particularrecht versteht man bei uns das für ganz Deutschland eingeführte Recht, obgleich Deutschland jetzt nicht mehr ein Staat ist, sondern in mehrere nur völkerrechtlich verbundene unabhängige Staaten zerfällt. Das Letztere deuten Manche dadurch an, daß sie sagen, das gemeine Recht sey im Ganzen nicht mehr formell gemein, wie zur Zeit des deutschen Reichs, sondern nur materiell gemein [9]). Mit dieser Unterscheidung ist übrigens nicht zu verwechseln die zwischen juristisch gemeinem und nur historisch gemeinem Rechte, die schon oben erwähnt wurde, als von der Reception des römischen Rechts die Rede war.

4) Die Eintheilung in s. g. generelles und s. g. specielles Recht mit ihren Unterabtheilungen ist folgendermaßen zu verstehen. Das jus generale enthält Rechtsregeln, die jura specialia sind gesetzliche Bestimmungen für concrete Fälle. a) Das jus generale heißt commune, in so weit es den in dem betreffenden positiven Rechte herrschenden allgemeinen Ansichten entspricht, und jus singulare,

8) Pandekten-System §. 10. und 15.

9) Vgl. Falck jur. Encyclopädie §. 9.

in so weit es ihnen nicht entspricht, also eine Anomalie, etwas Exorbitantes, eine juristische Sonderbarkeit, enthält [10]). Die jura singularia sind nicht immer vortheilhaft für die Personen, auf welche sie sich beziehen (s. g. favorabilia), sondern zuweilen auch nachtheilig (s. g. odiosa), wie z. B. die famöse Verordnung, daß auch die unschuldigen Kinder Derjenigen, die gegen das Leben von Ministern conspirirt haben, gestraft werden sollen; und nur die vortheilhaften, nicht auch die nachtheiligen, heißen beneficia, oder, wie die Neueren sagen, beneficia juris s. legis. b) Von den jura specialia interessiren uns hier nur die Privilegien, welcher Ausdruck im weiteren Sinne auch von den jura singularia gebraucht wird [11]). Ein Privilegium im engeren und eigentlichen Sinne kann auch von einem jus singulare abweichen, nicht blos von einem jus commune. Auch die privilegia im engeren Sinne theilt man ein in odiosa und favorabilia. Die ersteren nehmen der betreffenden Person Rechte im subjectiven Sinne, oder legen ihr Verbindlichkeiten auf; die letzteren dagegen geben ihr Rechte oder nehmen ihr Verbindlichkeiten ab. Daß die speciellen Verordnungen, welche keine Privilegien enthalten, vorzugsweise constitutiones speciales heißen, ist unrichtig; wohl aber werden die Privilegien im engeren Sinne constitutiones personales genannt [12]).

---

10) fr. 14 — 16. D. de legib. (1. 3.); fr. 147. 162. D. de R. J. (50. 17.). Beispiele von dem Gebrauch des Ausdrucks jus singulare enthalten fr. 23. §. 1. fr. 44. §. 1. de acq. v. amitt. poss. (41. 2.); fr. 44. §. 3. D. de usurp. et usuc. (41. 3). Ueber eine weitere Bedeutung von jus commune s. fr. 1. §. 4. D. de J. et J. (1. 1.) und über eine dritte Bedeutung: fr. 59. §. 4. D. mand. (17. 1.).

11) Ueber die engere Bedeutung s. Cic. de legib. III. 19. (conf. or. pro domo c. 17.). Gellius X, 20; und über die weitere in den Quellen Brissonius de V. S. v. privilegium. Manche wollen auch den Ausdruck singulare jus in diesem weiteren Sinne gebrauchen, z. B. Muehlenbruch D. P. §. 49. Die römischen Definitionen von singulare jus heben freilich das Merkmal, daß es eine Rechtsregel sey, nicht heraus. Aber es ist mir doch auch keine Stelle bekannt, worin der Ausdruck für ein einzelnes Privilegium im engeren Sinne gebraucht würde; während er für einzelne jura singularia in dem Sinne des Textes oft gebraucht wird. S. Note 9.

12) §. 6. J. de jur nat. (1. 2.). fr. 1. §. 2. D. de constit. princ. (1. 4.).

B. Von den Gesetzen insbesondere.

Unter dieser Rubrik soll von Begriff, Arten, Voraussetzungen, Aufhebung und Interpretation sowohl der eigentlichen, d. h. der generellen Gesetze, als der Privilegien die Rede seyn. Und zwar soll die Lehre von der Interpretation und der damit zusammenhängenden Critik des Textes, als etwas Gemeinschaftliches, Demjenigen, was über die übrigen Punkte von den beiden Arten gesetzlicher Verfügungen speciell zu sagen ist, nachgeschickt werden.

1) Eigentliche Gesetze.

Hier habe ich zu dem §. 2. nur eine eine Eintheilung betreffende Bemerkung zu machen. In der Pandektenstelle der Note r heißt es: Legis virtus est imperare, vetare, permittere, punire. Diese Aeußerung hat veranlaßt, daß man die Gesetze gewöhnlich eintheilt in erlaubende (leges permissivae) und in gebietende im weiteren Sinne (cogentes)! welche dann weiter in gebietende im engeren Sinne (praeceptivae) und in verbietende (prohibitivae) zerfallen sollen [13]. Es läßt sich aber nicht läugnen, daß jedes Gesetz entweder ein Gebot oder ein Verbot enthält [14]. Die Juristen haben daher, um mit der alten Eintheilung etwas Wahres zu bezeichnen, den fraglichen Ausdrücken besondere technische Bedeutungen beigelegt, über welche sie jedoch keineswegs einig sind. So sagt Thibaut: man könne etwa den Ausdruck erlaubende Gesetze für diejenigen gebrauchen, wobei es zunächst um die Existenz eines Rechts, und die Ausdrücke gebietende und verbietende Gesetze für diejenigen, wobei es zunächst um die Existenz einer Verbindlichkeit zu thun ist. In diesem Sinne, sagt Thibaut, werde die Eintheilung im Grunde auch von den älteren Juristen gebraucht: diese sehen z. B. dasjenige Gesetz, wodurch Jemanden Eigenthum gestattet wird, für ein jus permissivum an, dagegen z. B. jedes Strafgesetz für ein jus cogens. Andere verstehen unter erlau-

---

13) Vertheidigt wird diese Eintheilung von dem angeführten Glück.

14) Thibaut Pandektensystem (und Zusätze zu demselben) §. 6.

benden Gesetzen dasselbe, was man subsidiäre oder hypothetische Gesetze nennt, nämlich diejenigen Gesetze, deren Anwendung durch gültige Privatdisposition vereitelt werden kann, welche also nur alsdann zur Anwendung kommen, wenn nicht durch gültige Privatdisposition für den betreffenden Fall etwas anderes festgesetzt ist; unter leges cogentes dagegen verstehen sie die Gesetze, welche Bestimmungen treffen, deren Anwendung durch keine Privatdisposition abgewendet werden kann. Nimmt man die Eintheilung in diesem Sinne, so wird man diejenigen Gesetze, welche nicht zu den erlaubenden gehören, zweckmäßig absolut ge- und verbietende Gesetze nennen. — Daß ein verbotenes Rechtsgeschäft im Zweifel nichtig seyn soll, ist erst von Theodos II. und Valentinian III. vorgeschrieben worden [15]). Durch diese Verordnung hat die alte Unterscheidung von leges perfectae, minus quam perfectae und imperfectae [16]) ihre practische Wichtigkeit verloren, und ist deswegen auch in dem Corpus Juris nicht erwähnt.

2) Privilegien im eigentlichen Sinne.

Ueber den Begriff wurde schon oben eine Bemerkung zu §. 1. gemacht. Unter den Voraussetzungen der Privilegien erwähnt man gewöhnlich, daß sie keinem wohlerworbenen Rechte widerstreiten dürfen. Aus den Stellen der Note k im §. 3. möchte aber nur Das hervorgehen, daß ein Privileg, welches einem wohlerworbenen Rechte widerstreitet, im Zweifel als erschlichen anzusehen sey. Wie nun, wenn es gewiß ist, daß der Ertheiler das wohlerworbene Recht kannte, das demselben widerstreitende Privileg also nicht erschlichen ist? Hier kommt alles auf die staatsrechtliche Frage an, inwiefern die Regierung oder die Legislatur wohlerworbene Rechte der Einzelnen brechen darf; und es kann hiernach der Fall eintreten, das ein solches Privileg gilt, derjenige aber, welcher darunter leidet, von dem Staate entschädigt werden muß. Im Uebrigen s. §. 3.

[15]) c. 5. C. de legib. (2. 14.). Vgl. übrigens §. 6. J. de nupt. (1. 10.); c. 6. C. de pact. (2. 3.) c. 64. VI. de R. I. (5. 12.).

[16]) Ulp. Fragm. Tit. 1. §. 1. 2.

3) Interpretation der Gesetze. [17])

a. Begriffe und Hauptarten.

Ueber die beiden Begriffe, die man mit dem Worte Interpretation verbindet, und über die Zachariä'sche Unterscheidung zwischen Interpretation und Erklärung s. §. 4. im A. Die weitere Bedeutung von interpretatio begreift auch die analoge Anwendung in sich. Sie kommt auch schon bei den Römern vor [18]). Hier soll aber der Deutlichkeit wegen einstweilen nur von der Interpretation im engeren Sinne die Rede seyn. Auch über zwei Bedeutungen von ratio legis s. §. 4. Die dort angegebene dritte aber wird durch die angeführte Institutionenstelle nicht bewiesen. Die Interpretation im engeren Sinne wird heutzutage eingetheilt in legalis, d. h. diejenige, welche durch eine Rechtsquelle ausgesprochen und in doctrinalis, d. h. diejenige, welche in Ermangelung einer legalis nach wissenschaftlichen Regeln vorzunehmen ist. Die Regeln der doctrinellen Interpretation der Gesetze und Privatdispositionen fließen theils aus der Natur der Sache, theils sind sie gesetzlich vorgeschrieben. Eine systematische Darstellung derselben heißt juristische Hermeneutik (hermeneutica juris).

b. Interpretatio legalis.

Die interpretatio legalis theilt man ein in interpretatio authentica und interpretatio usualis. Authentica nennt man sie, wenn die Rechtsquelle, wodurch sie ausgesprochen wird, ein Gesetz, usualis dagegen, wenn diese Rechtsquelle eine Gewohnheit oder ein Gerichtsgebrauch ist. Ueber beide Arten s. §. 6.

Daß das authentisch interpretirte Gesetz auf alle Fälle, welche nach der Publication der authentischen Interpretation nach demselben zu entscheiden sind, nicht in dem Sinne,

---

[17]) Zur Literatur dieser Lehre gehört jetzt auch: Walther Fried. Clossius Hermeneutik des römischen Rechts u. Einleitung in das Corp. jur. civ. im Grundrisse, mit einer Chrestomathie von Quellen. Leipzig 1831. 8.

[18]) fr. 13. D. de legib. (1. 3.); fr. 64. §. 1. D. de condit. et demonstrat. (35. 1.); fr. 2. §. 1. D. de custod. reor. (48. 3.). Muehlenbruch D. P. §. 53.

welchen ihm die doctrinelle, sondern in demjenigen, welchen ihm die authentische Interpretation beilegt, anzuwenden ist, auch wenn diese Fälle aus einer früheren Zeit herrühren, muß man, wie ich in der angeführten Abhandlung zu zeigen gesucht habe, weniger wegen der citirten Novelle als deswegen annehmen, weil der Gesetzgeber die Befugniß hat, neue Gesetze mit rückwirkender Kraft zu erlassen, und jede authentische Interpretation sich in den gesetzlichen Ausspruch auflößt, es solle künftig jede Auslegung, welche zu einem andern als dem hier angegebenen Resultate führt, als irrthümlich angesehen werden. Ist dieser Grund entscheidend, so muß die authentische Interpretation zuweilen auch auf solche Verhältnisse rückwirkende Kraft haben, welche vor ihrer Publication abgeurtheilt, oder verglichen, oder durch Zahlung abgethan waren. Wenn nämlich und insoweit ein solcher Act durch eine mit der nachherigen authentischen nicht harmonirende doctrinelle Interpretation motivirt worden ist, ist er als aus Rechtsirrthum geschehen anzusehen; es sind also die Regeln über Anfechtung eines Acts wegen Rechtsirrthums anwendbar. Es lassen sich mithin die Fälle der Note d. nach den Gesetzen über die authentische Interpretation direct entscheiden und schon deswegen ist hier die analoge Anwendung einer andern im Lehrbuch erwähnten Regel unzuläßig. Vgl. §. 16.

c. Interpretatio doctrinalis.

α) Nach der allgemeinen juristischen Hermeneutik.

Die doctrinelle Interpretation wird gewöhnlich eingetheilt in grammatische und logische Interpretation. Der Jurist hat nämlich alle Mittel zu benutzen, die ihn zur Erkenntniß des Gedankens führen, welchen der Gesetzgeber durch das Gesetz hat aussprechen wollen. Das erste dieser Mittel, dieser Merkmale, sind die Worte, welche der Gesetzgeber gebraucht hat, um seinen Willen zu offenbaren. Der Jurist hat mit andern Worten vor allen Dingen zu fragen: was die von dem Gesetzgeber gebrauchten Worte bedeuten, wenn sich

dieser bei der Wahl und Zusammensetzung derselben an die Regeln des Sprachgebrauchs und der Grammatik gehalten hat. Hat er sich aber diese Frage beantwortet, so muß er nun die übrigen Mittel anwenden, welche ihm über den Gedanken, den der Gesetzgeber aussprechen wollte, Aufschluß geben können; und erst wenn er alle diese Mittel benutzt hat, und auf diese Weise zu einem Resultate gekommen ist, ist die Interpretation vollendet. Unsere Juristen bezeichnen nun den angegebenen ersten Schritt des Interpreten, mit dem Ausdruck grammatische, und die weiteren Schritte mit dem Ausdruck logische Interpretation [19]). Bei diesem Sprachgebrauche kann man aber nicht genug herausheben, daß die beiden sogenannten Interpretationen zusammen kommen müssen, damit das Gesetz wirklich interpretirt wird.

Das Verhältniß zwischen dem Resultate der blos grammatischen und dem Resultate der ganzen Interpretation kann von verschiedener Art seyn. Darauf bezieht sich denn die Eintheilung der interpretatio logica in extensiva, restrictiva und declarativa, welche aber, wie Thibaut [20]) mit Recht bemerkt hat, nicht erschöpfend ist, indem es zwei Fälle gibt, welche durch keinen von diesen drei Ausdrücken bezeichnet werden. Das Verhältniß der Resultate der beiden Interpretationen kann wirklich von fünferlei Art seyn. Der erste Fall ist der, wenn der grammatische Interpret dem Gesetze nur einen Sinn abgewinnt, und der logische diesen für den wahren Sinn erklärt. Für diesen Fall hat man keinen besonderen technischen Ausdruck. Der zweite Fall ist der, wenn der grammatische Interpret das Gesetz für zwei- oder mehrdeutig erklärt und der logische sich für eine von den Bedeutungen entscheidet, die der grammatische angegeben hat. Hier nennt man die logische Interpretation declarativ. Ein Fall dieser Art ist auch der, wenn das Wort eine weitere

---

[19]) Dieser Gegensatz zeigt sich auch bei den Römern überall; er wird aber mit andern Worten bezeichnet. S. z. B. Quinctil. instit. orat. L. 12. cap. 2.; fr. 6. §. 1. D. de V. S. (50. 16).

[20]) Pandekten-System §. 48. und die im §. 14. Note n citirte Schrift.

und eine engere Bedeutung hat, wie z. B. adoptio, und der logische Interpret jene oder diese für diejenige erklärt, in welcher es hier gebraucht sey. Der dritte Fall ist der, wenn der logische Interpret dem Gesetze einen weiteren Sinn beilegt als der grammatische, oder mit andern Worten, wenn man findet, daß der Gesetzgeber mehr sagen wollte, als die von ihm gebrauchten Worte in der weitesten Bedeutung sagen, die sie nach dem Sprachgebrauche haben. Hier nennt man die logische Interpretation extensiv. Der vierte Fall ist der, wenn der logische Interpret dem Gesetze einen engeren Sinn beilegt als der grammatische, oder mit andern Worten, wenn man findet, daß der Gesetzgeber weniger sagen wollte, als die von ihm gebrauchten Worte in der engsten Bedeutung sagen. Hier nennt man die logische Interpretation restrictiv. Der fünfte Fall ist endlich der, wenn der logische Interpret dem Gesetze einen andern Sinn beilegt, als der grammatische, und zwar einen Sinn, der nicht blos weiter oder enger ist als dieser, sondern ein ganz anderer. Für diesen fünften und letzten Fall hat man so wenig einen besonderen technischen Ausdruck als für den ersten. — Ganz anders stellt Wening diese Eintheilung der logischen Interpretation dar. Die ganze Abweichung erklärt sich aus der von ihm angenommenen Hufeland'schen Ansicht, daß eine wahre Auslegung von dem Wortverstande nicht abgehen dürfe. Hiermit wollen diese Schriftsteller freilich nicht den unerhörten Satz aussprechen, daß der Richter oder ein sonstiger Diener des Gesetzes sich gegen den klar erkannten Willen desselben auflehnen dürfe, wenn es dem Sprachgebrauche nicht huldigt. Sie meinen nur, die Berücksichtigung des im Gesetze wirklich liegenden Gedankens sey hier keine Interpretation im engeren Sinne, sondern bald analoge Anwendung, bald Beschränkung ex ratione legis. Allein man lese Wenings eigene Definition von Interpretation im engeren Sinne, und entscheide selbst, ob Fälle der angegebenen Art nicht unter den von ihm aufgestellten Begriff passen.

Von den Regeln der doctrinellen Interpretation sind einige bereits bei Gelegenheit der Eintheilungen anticipirt worden; andere sollen hier angegeben werden.

Das Wichtigste über die grammatische Interpretation gibt §. 7. an. Zu den drei ersten Regeln habe ich nichts weiter zu bemerken, als daß die Juristen in den Fällen unter 1 die Ausdrücke significatio vulgaris und particularis gebrauchen, und daß die dritte Regel in den Pandekten [21]) mit dürren Worten ausgesprochen ist. Von der vierten Regel, daß kein Wort als überflüssig zu betrachten, ist die fünfte, das argumentum a contrario betreffend, eine bloße Consequenz, und aus der fünften folgt die speciellere Regel: exceptio firmat regulam contrariam, oder exceptio firmat regulam in casibus non exceptis [22]). Wenn das argumentum contrario nicht anwendbar ist, so liegt der Grund darin, daß der Urheber der fraglichen Stelle nur einen Fall oder eine Classe von Fällen zur Sprache bringen und andere gar nicht berücksichtigen wollte. So wahr die vierte Regel mit ihren angegebenen Consequenzen ist, so wahr ist auch die im Lehrbuche nicht erwähnte Regel der grammatischen Interpretation, daß man sich kein Wort zu dem Gesetze hinzudenken darf. Eine bloße Consequenz dieser Regel ist der Satz: lege non distinguente nec nostrum est distinguere.

An die Spitze der Regeln über die logische Interpretation gehört die, daß man dasjenige als Sinn des Gesetzes ansehen muß, was man auf überzeugende Weise als solchen findet, der Wortverstand mag damit harmoniren oder nicht [23]). Zur Auffindung dieses Sinnes hat man alle Merkmale zu benutzen, welche Ueberzeugung zu geben im Stande sind [24]). Namentlich gehört dahin der Zusammenhang der einzelnen Aeußerungen in dem Gesetze [25]), der Zusammenhang

21) fr. 14. D. de legib. (1. 3.).

22) Beispiele finden sich in Ciceronis orat. pro Balbo c. 14. und in mehreren von den Stellen der Note m.

23) Wening §. 8. Note r.

24) Eine Regel werde ich noch unten zu §. 17. angeben.

25) Cicero invent. II. 40.; fr. 24. D. de legib. (1. 3.); §. 15. I. de lege Aquilia (4. 3.); fr. 21. §. 1. in f. D. qui testam. facere poss. (28. 1.); c. 15. C. de fideicommiss. (6. 42.).

des Gesetzes mit der bisherigen Gesetzgebung [26]), spätere Aeußerungen des Gesetzgebers [27]), Zeugnisse gleichzeitiger Schriftsteller und bei neueren Gesetzen die Discussionen ihrer Urheber. Thibaut will freilich nichts berücksichtigt wissen, als was die Gesetze selbst an die Hand geben; und Wening will mit Hufeland nur die ratio legis (ihren Zweck und Rechtsgrund) berücksichtigt haben; aber für beide Ansichten läßt sich kein hinreichender Grund angeben. Findet der logische Interpret kein Mittel, welches ihn zu einem sicheren Resultate führt, so kommt alles darauf an, ob die Stelle nach der grammatischen Interpretation dunkel oder unzweideutig ist. Im letztern Falle muß man bei dem Resultate der grammatischen Interpretation stehen bleiben [28]), und deswegen sind die oben erwähnten Regeln über diese Interpretation sehr wichtig. Im ersten Falle dagegen kommen die Regeln zur Anwendung, die im §. 8. am E. unter 1 — 3 angegeben werden. Diese Regeln gelten auch bei Zweideutigkeiten, die von „mehreren Wortbedeutungen" herkommen, insoweit sie nicht schon durch die grammatische oder durch die bereits angegebenen Mittel der logischen Interpretation gehoben werden. Bei den unter 4 erwähnten Privilegien muß man nicht vergessen, daß sie meistens als correctorische Gesetze zu betrachten sind.

β) Bei dem Corpus Juris Civilis insbesondere.

Bei der Anwendung dieser hermeneutischen Regeln auf die einzelnen Theile des Corpus Juris Civilis muß man die eigenthümliche Beschaffenheit derselben berücksichtigen.

Die Institutionen haben unter allen Theilen die meiste Aehnlichkeit mit einem Gesetzbuche im heutigen Sinne des Worts, indem sie die Grundsätze des Justinianeischen Privatrechts in einem Systeme (nämlich abgetheilt [29]) in jus personarum, jus rerum und jus actionum), und in einer fort-

[26]) c. 35. C. de inoffic. testam. (3. 28.); c. 18. in f. C. de testib. (4. 20.).

[27]) Ein Beispiel kommt unten B. 1. §. 45. Note d vor.

[28]) Wening §. 8. Note o.

[29]) Darüber s. unten B. 1. §. 35. Mackeldey Lehrb. §. 206.

laufenden Rede, kurz vortragen. Dabei darf man nicht übersehen, daß sie nur eine Vorbereitung für Pandekten und Codex, in der Gestalt einer zeitgemäßen Umarbeitung der Institutionen des Gajus [30]), seyn sollen, welche aus der Zeit der beiden Antonine herrühren. Aus der Bestimmung der Institutionen erklärt es sich, daß sie oft historische Einleitungen enthalten, und oft Regeln nur roh hinwerfen, ohne Berücksichtigung der feinen Modificationen, die sich in Pandekten und Codex finden. Und aus der Art ihrer Entstehung ergibt es sich, daß der neu aufgefundene ächte Gajus, so wie die Paraphrase des Theophilus [31]), eines von den drei Mitarbeitern an denselben, wichtige Hülfsmittel zu ihrer Erklärung seyn müssen.

Die Pandekten sind nicht eine Rede, sondern eine Sammlung von Excerpten aus juristischen Schriften. Die Ordnung im Großen, d. h. die Ordnung, in welcher die einzelnen Titel zusammen gestellt sind, ist keine systematische. Es scheint die Ordnung des Edicts zu seyn, oder vielmehr die der Schriften ad edictum. Dieses folgert man aus einer Vergleichung mit den Ueberresten von den Schriften ad edictum, verbunden mit Justinians Aeußerungen [32]), und aus einer von der Ordnung ausdrücklich redenden Pandektenstelle [33]). Was die Zusammensetzung jedes einzelnen Titels und die Ordnung in demselben betrifft, so ist die Blume'sche Entdeckung [34]) zu bemerken, und daß eine logische Ordnung beabsichtigt, aber nicht immer durchgeführt ist. Die einzelnen Pandektenstellen reden oft von speciellen Fällen, so daß der Interpret die Aufgabe hat, die Rechtsregel, welche der Entscheidung zu Grunde liegt, die s. g. ratio decidendi, aufzu-

---

30) Darüber s. Wening Einl. §. 4. Note kkk. Mackeldey §. 47. Note b.

31) Darüber s. Wening Einl. §. 4. Note www. Mackeldey §. 67. am E.

32) Wening Einl. §. 2. Note d.

33) fr. 1. D. de statu hominum (1, 5).

34) Wening Einl. §. 2. Mackeldey §. 63. Eine neue Schrift hierüber ist: Gottl. Aug. Reimarus Bemerkungen und Hypothesen über die Inscriptionen-Reihen der Pandekten-Fragmente. Gött. 1830. (Darüber Hugo in den Gött. gel. Anz. 1831. Nr. 5.)

finden. Die Auffindung dieser Regel ist meistens nicht leicht, indem sie oft mit Stillschweigen übergangen und oft ungenau angegeben wird. Es ist eine allgemeine Bemerkung, die man bei den römischen Juristen macht, daß sie einen sehr richtigen Tact in Entscheidung concreter Fälle und in Aufstellung specieller Regeln haben, daß sie aber bei der Angabe der Principien, aus welchen jene Regeln und Entscheidungen fließen, ja sogar in ihren Definitionen, nicht so genau sind, als die Neueren[35]).

Der Codex[36]) ist eine Sammlung von theils ganzen, theils beschnittenen kaiserlichen Constitutionen. Die Ordnung im Großen ist im Ganzen dieselbe wie in den Pandekten. Die Constitutionen, die in einem Titel stehen, sind chronologisch geordnet. Bei der Interpretation sind die Rescripte und Decrete (die mehr der vorconstantinischen Zeit angehören) sorgfältig zu unterscheiden von den Edicten. Bei jenen hat man, wie bei manchen Pandektenstellen, die ratio decidendi aufzusuchen, um sie als Gesetz zu behandeln, und dieses ist häufig schwierig, indem der concrete Fall, auf welchen sich die Constitution bezieht, oft gar nicht, und oft auch mit Specialitäten, auf die es nicht ankommt, angegeben wird. Bei einem Edicte dagegen hat man sich vor Allem zu fragen, was über den fraglichen Punkt unmittelbar vor der Constitution Rechtens war; und dann ist nach den Regeln, welche von Auslegung der Gesetze überhaupt und der correctorischen insbesondere gelten, die Frage zu beantworten, ob etwas und wie viel durch die neue Verordnung an dem bisherigen Rechte geändert werde. Die Sprache[37]) der Constitutionen wird leider von Alexander Severus an immer mehr schwülstig und barbarisch, so daß die Pandekten, deren Excerpte im Ganzen aus der classischen Zeit herrühren, in

35) Betrachtungen hierüber mit Beispielen findet man bei Thibaut civ. Abhandl. 2te Aufl. S. 185 fgg.

36) Mackeldey §. 61. 66. 69. 70.

37) Cramer in der Zeitschr. für gesch. RW. B. 2. Nr. 12. — Ueber die Frage: inwieweit die Constitutionen in griechischer Sprache erlassen wurden, s. Dirckſen civ. Abhandl. B. 1. S. 40—52.

dieser Beziehung einen großen Vorzug vor dem Codex haben, so wie auch die Institutionen, soweit sie aus Gajus oder anderen classischen Schriftstellern genommen sind, und nicht die späteren Aenderungen angeben. Ein wichtiges Hülfsmittel für die Interpretation der späteren Verordnungen ist der Codex Theodosianus mit den dazu gehörigen Novellen[38]).

Von den Novellen[39]) gilt, was von den späteren Verordnungen des Codex bemerkt wurde, nur mit dem Unterschiede, daß sie, theils weil nichts weggeschnitten ist, theils weil die Barbarei im Laufe der Zeit immer zunahm, noch weitläufiger und schwülstiger sind als diese. Julians Epitome Novellarum[40]) ist daher ein sehr wichtiges Hülfsmittel zu ihrer Interpretation.

4) Critik des Textes der Gesetze.

Um den ersten Schritt der eigentlichen Interpretation eines Gesetzes oder die s. g. grammatische Interpretation mit Sicherheit vornehmen zu können, muß man überzeugt seyn, daß man auch die wahren Worte, den wahren Text des Gesetzes vor sich hat. Untersuchungen hierüber nennt man Critik, und zwar niedere Critik des Textes. Unter höherer Critik versteht man bekanntlich Untersuchungen über die Aechtheit oder Unächtheit, überhaupt über den Urheber einer Schrift. Ueber die Frage: inwieweit man auf die Verbesserungen des Textes, welche die Critik an die Hand gibt, bei der Anwendung Rücksicht nehmen darf, stellt man seit Thibaut häufig sehr strenge Grundsätze auf. Jedoch ist Thibaut selbst, nach den Einwendungen, die ihm, besonders von Feuerbach, gemacht worden sind, jetzt in der zweiten Auflage seines Buches über die logische Auslegung und in seinem Pandektensysteme weniger streng, als in der angeführten Abhandlung, welcher Wening[41]) im §. 6. noch beistimmt. Die Sache ist besonders wichtig bei dem Corpus Juris Civilis,

---

38) Mackeldey §. 55. 56. 59.

39) Mackeldey §. 71—73. 102.

40) Mackeldey §. 72.

41) Was Wening von dem Einholen einer authentischen Interpretation sagt, das steht im Widerspruch mit seiner im unmittelbar vorher gehenden §. in der neuesten Auflage ausgesprochenen Ansicht, wofür auch ich mich oben S. 12. erklärt habe.

über dessen wahren Text man nicht durch Vergleichung des Originalexemplars Gewißheit erlangen kann, wie wenn von einem neuen Gesetze die Rede ist. Man muß hier die Bemerkung festhalten, daß die Drucke nur Privatversuche sind den Text der Manuscripte wieder zu geben, und daß auch unter den Manuscripten keines ausschließlich recipirt ist, indem man zur Zeit der Reception gewohnt war, das als Text zu berücksichtigen, was sich bei Untersuchungen nach wissenschaftlichen Regeln als der ursprüngliche Justinianeische Text herausstelle. Hierdurch kommt man denn zu folgenden Regeln. a) Die Wahl unter den verschiedenen Lesarten der Manuscripte ist durchaus zuläßig; und es kommt nur darauf an, für welche die besten Gründe sprechen. b) Ein zweites Mittel, wogegen sich nichts erinnern läßt, ist der Versuch diejenigen Manuscripte, von welchen die noch vorhandenen direct oder indirect abstammen, nach den Regeln der Diplomatik besser zu lesen, als sie die Abschreiber gelesen haben. Fälle dieser Art treten namentlich ein *α*) wenn Worte unrichtig getrennt[42]) oder verbunden worden sind[43]), *β*) wenn unrichtig interpungirt ist[44]), *γ*) wenn Geminationen übersehen[45]) oder mit Unrecht angenommen worden sind[46]), *δ*) wenn Sylben oder Worte verkehrt geschrieben worden sind[47]), *ε*) wenn

---

42) So muß z. B. in fr. 18. D. de V. O. (45,1) nicht is eo jure, oder id eo jure, sondern ideo jure gelesen werden.

43) So muß z. B. in fr. 1 §. 33. D. deps. (16, 3) nicht ejusdem gelesen werden, sondern ejus dem

44) So darf man in fr. 14. §. 1. D. de aliment. vel cib. leg. (34,1) nicht lesen: est servitus personae, tamen ei; sondern man muß lesen: est servitus, personae tamen ei.

45) Eine Reihe von Beispielen gibt Eckhard l. c. §. 61. seqq. Ich führe nur eines an: In fr. 1. §. 1. D. de calumniatorib. (3,6) ist nämlich die gewöhnliche Lesart sprachunrichtig; es kommt aber alles in Ordnung, wenn man das Wort competit, womit das pr. schließt, an den Anfang des §. 1. noch einmal setzt.

46) So muß in fr. 15. D. de donat (35, 5) nicht Antonini, nisi, sondern Antonini, si gelesen werden.

47) So darf man in fr. 52. §. 2. D. de leg. III. (32) nicht: quantaecunque pars hodie, oder quantaecunque partes hodie lesen, sondern man muß lesen: quantaecunque rhapsodiae. Ebenso muß man in fr. 20. D. de evict. (21, 2) lesen: tu eo nomine non obligaberis; nicht: ut eo nomine non obligaberis.

Buchstaben verwechselt worden sind [48]), ζ) wenn ein h mit Unrecht gesetzt oder weggelassen ist [49]), η) wenn die in den Manuscripten oft nicht genau geschriebenen Endsylben unrichtig gelesen worden sind, ϑ) wenn Abbreviaturen unrichtig aufgelöst sind. c) Reicht man mit diesen Mitteln nicht aus, so ist selbst eine wirkliche Verbesserung des Textes zulässig. Jedoch gilt dieses nur von dem dringendsten Nothfalle; auch muß man mit großer Bescheidenheit zu Werke gehen, und darauf sehen, daß sich die Verbesserungen, welche man macht, aus der Natur der Handschriften ableiten lassen, und durch den Sinn, der dadurch herauskommt, unterstützt werden [50]).

C. Von dem Gewohnheitsrecht insbesondere.

1) Eigentliche Gewohnheit.

In dieser in den §§. 9—12 abgehandelten Lehre sind mehrere Punkte sehr streitig. Folgende verdienen besonders herausgehoben zu werden.

a) Der rechtliche Grund, warum eine Gewohnheit verbindliche Kraft hat, liegt, wie uns Welcker [51]) aufmerksam macht, nach dem ausdrücklichen Zeugniß des Corpus Juris [52]), darin, daß sich durch sie eine tacita civium conventio, ein tacitus civium consensus ausspricht, worunter übrigens nur ein Consens der Mehrheit zu verstehen ist, wie er zu einem ausdrücklichen Corporationsbeschluß auch erfordert wird.

b) Die Frage: ob eine Gewohnheit auch gegen ein Gesetz gehen dürfe, war von jeher bestritten, wegen der im §. 10. in der Note h citirten Stellen. Hätte freilich Constantin und respective Justinians Compilationscommission in der c. 2. den Fall angegeben, über welchen dieses Rescript gegeben wurde, so fiele wahrscheinlich alle Schwierigkeit weg. Eine völlige

---

[48]) Daß dieses oft geschehen ist, davon kann man sich leicht überzeugen durch Ansicht der Hugoschen Ausgabe von Ulpians Fragmenten.

[49]) Auch hier verweise ich auf Hugos Ausgabe von Ulpians Fragmenten.

[50]) Ein Fall dieser Art tritt z. B. offenbar ein bei fr. 27. §. 6. D. ad SCtum Treb. (36, 1). Hier muß man lesen: Plane est compellendus, si non jam filius bonorum accepit possessionem; nicht: Plane non est compellendus, si jam filius b. a. p. Dieses paßt nämlich durchaus nicht zu dem Nachfolgenden.

[51]) Encyclopädie Note 445. S. 569.

[52]) fr. 32. 35. 36. D. de legib. (1. 3.)

Aufhebung dessen, was in dem fr. 32. steht, durch die Codexstelle, kann man deswegen nicht annehmen, weil unter dieser Voraussetzung die Aufnahme des Fragments in die Pandekten zwecklos seyn und dem Plane Justinians widerstreiten würde. Der Interpret ist daher aufgefordert eine Auslegung zu suchen, durch welche der scheinbare Widerspruch wegfällt. — Man hat nun behaupten wollen, die Pandektenstelle rede von der desuetudo, die Constitution dagegen von einer consuetudo legi contraria[53]). Diese Auslegung hat aber die innere Wahrscheinlichkeit gegen sich. Andere wollen die Codexstelle mit Donellus[54]), Duarenus[55]) und Noodt[56]) von einer alten Gewohnheit verstehen, die durch ein neues Gesetz aufgehoben werden solle. Allein diese müssen consequent auch das Wort rationem von einer neuen ratio verstehen, und dieses hat denn doch keinen Sinn. Thibaut[57]) versteht die Pandekten von völlig allgemeinen Gewohnheiten und den Codex von particulären, und sucht die ratio differentiae darin, daß das ganze Volk, nach der noch zu Justinians Zeit herrschenden Ansicht, die Quelle aller Staatsgewalt, mehr vermöge, als eine Parcelle, z. B. eine Gemeinheit oder eine Provinz. Allein in der Codexstelle steht kein Wort, welches uns berechtigen könnte, sie nur von particulären Gewohnheiten zu verstehen, und in der Pandektenstelle ist zwar von populus die Rede, aber eigentlich da, wo von dem Grunde der Gültigkeit der Gewohnheiten im Allgemeinen die Rede ist, so daß denn der Ausdruck populus nicht blos vom ganzen Volke, sondern auch von einer Parcelle desselben verstanden werden muß. Auch ist es mit dem Princip der Volkssouveränität ganz verträglich, daß eine Abtheilung des Volkes, z. B. eine Stadt, auch einmal etwas besonderes für sich beschließt. Nach Gesterding[58]) spricht die Codexstelle nur von der analogen Anwendung einer an sich gültigen Gewohnheit auf Fälle, für

[53]) A. Fabri Rational. L. 1. T. 3 pag. 43.

[54]) Comm. jur. civ. L. I. c. 10.

[55]) Disp. ann. II. 32.

[56]) ad Pand. L. I. Tit. 3.

[57]) System des Pandekten-Rechts §. 17. Zusätze dazu, herausgeg. von Braun, S. 26 fgg.

[58]) Archiv f. die civ. Praxis B. 3. S. 271 fgg.

welche sie sich nicht gebildet hat. Diese Interpretation hat offenbar viel mehr für sich, als die von Puchta [59]), wonach Constantin nur die Gewohnheiten, welche contra rationem juris aut legis gehen, nur Gewohnheiten, die etwas unjuristisches enthalten, verwerfen soll. Wenn man aber wirklich jede Gewohnheit als stillschweigende Privat-Autonomie ansehen muß, so ist nichts natürlicher als der Gedanke, daß diese Autonomie, wie jede andere, da unzuläßig sey, wo ein Gesetz vorhanden ist, welches unbedingt zur Anwendung gebracht seyn will, daß mit andern Worten eine derogirende Gewohnheit nur bei subsidiären, nicht auch bei absolut ge- und verbietenden Gesetzen zuläßig sey [60]). Mit dieser Ansicht stehen auch die Worte der angeführten Stellen ganz im Einklang. Nur ein absolut ge- oder verbietendes Gesetz kann mit einer Gewohnheit in Collision kommen, so daß die Frage entsteht, welches von beiden den Sieg davon trage. Subsidiäre Gesetze sind ja blos zur Aushülfe da, für den Fall, daß es an einer gültigen Privatdisposition fehlt. Sie kommen also mit der Privatdisposition und namentlich auch mit der Gewohnheit, wenn man diese als Privatdisposition ansieht, in keine Collision, und folglich entsteht auch nicht die Frage, welches von beiden den Sieg davon trage. Die Codexstelle redet mithin, ganz wörtlich genommen, nur von absolut ge- und verbietenden Gesetzen. Die Pandektenstelle redet freilich von Gesetzen im Allgemeinen, und nicht blos von subsidiären. Allein sie sagt auch nicht, daß jedes Gesetz durch Gewohnheit aufgehoben werden könne, sondern nur, daß der Fall vorkommen könne. Wenn man nun aus der Codexstelle ersieht, daß es bei absolut ge- und verbietenden Gesetzen nicht vorkommen kann, so bleiben nach einer wörtlichen Auslegung als Fälle, in welchen es geschehen kann, nur die subsidiären Gesetze übrig.

c) Daß eine Gewohnheit nicht unvernünftig seyn dürfe,

---

[59]) In der angef. neuesten Monographie B. 1. S. 81—91. 117. 118.

[60]) Welcker a. a. O. S. 569. Muehlenbruch D. P. §. 38. — Auch Schweppe röm. Privatrecht §. 34. hat diese Ansicht, jedoch mit der Modification, daß er Gewohnheiten eines ganzen Staates auch gegen absolut ge- und verbietende Gesetze zuläßt.

sagen die angeführten canonischen Stellen [61]) deutlich. Das römische Recht geht aber wohl noch weiter. Es verwirft jede Gewohnheit, die contra rationem geht [62]), und versteht darunter wohl nicht die Vernunft, sondern die in dem positiven Rechte herrschenden allgemeinen Rechtsansichten, wofür sonst der Ausdruck ratio juris gebraucht wird [63]). Ist diese Auslegung richtig, so kann auch kein jus singulare durch Gewohnheit entstehen.

d) Die positiven Requisite einer Gewohnheit sind, wenn sie wirklich als stillschweigende Privatdisposition anzusehen ist, keine andere, als eine Anwendung eines gewissen Satzes als Rechtssatz, die unter solchen Umständen geschieht, und so lange und so oft wiederkehrt, daß sich ein Consens der Mehrheit daraus ergibt [64]). Speciell möchte noch zu bemerken seyn: α) An der Behauptung, daß opinio necessitatis erforderlich sey, ist weiter nichts wahres, als daß der Satz, welcher durch Gewohnheit sanctionirt seyn soll, wirklich als Rechtssatz angewendet worden seyn muß, und es nicht hinreicht, wenn man sich aus Gefälligkeit etwas der Art hat gefallen lassen, z. B. das Tabakrauchen in dem Eilwagen, oder wenn man dasjenige, was jetzt eine Verbindlichkeit seyn soll, bisher zu seinem eigenen Vergnügen oder Nutzen gethan hat, z. B. wenn aus einer gewissen Gegend längere Zeit keine andere als die Universität X besucht worden ist, weil diese den Studierenden oder ihren Eltern rc. am meisten zusagte. β) Die zur Bildung einer Gewohnheit erforderliche Zeit ist nicht etwa gerade die Verjährungszeit, wie man wegen des Satzes im Corpus Juris Canonici [65]), die Gewohnheit müsse legitime praescripta seyn, wohl hin und wieder annimmt. Diese Aeußerung kann schon deswegen diesen Sinn nicht haben, weil es verschiedene Verjährungsarten von verschiedener Dauer gibt. γ) Eine gerichtliche Bestätigung verlangen die angeführten Stellen nicht;

---

[61]) Note k.

[62]) fr. 29. D. de legib. (1, 3); c. 2. C. quae sit longa consuet. (8. 53.).

[63]) Vgl. fr. 14—16. D. de legib. (1. 3).

[64]) Welcker a. a. O. S. 569.

[65]) Wening §. 11. Note 9.

sondern die eine [66]) sagt nur, der Richter müsse, um sich Gewißheit über die Existenz der Gewohnheit zu verschaffen, unter Anderm auch nachforschen, ob schon nach derselben gesprochen worden, und die andere [67]) sagt von gewissen in die Baupolizei einschlagenden Fragen, der praeses müsse auf die bisherige Entscheidung solcher Fälle sehen; was von einem wahren Gerichtsgebrauche verstanden werden kann, und höchstens denselben Sinn hat, wie die erste Stelle. Auch verträgt sich die entgegengesetzte Meinung mehr damit, daß sich consuetudo und rerum judicatarum auctoritas als zwei verschiedene Rechtsquellen entgegen gesetzt werden. d) Bestätigung von Seiten des Regenten oder vielmehr des Gesetzgebers ist natürlich nöthig, um den in einer nach dem Bisherigen nicht verbindlichen Gewohnheit enthaltenen Satz zum Rechtssatze zu erheben. Daß sie aber erforderlich sey, um eine Gewohnheit, bei welcher alle bisher angegebene positive und negative Requisite eintreten, verbindlich zu machen, sagt keine Stelle des römischen Rechts, denn der in mehreren [68]) erwähnte consensus ist der consensus utentium, und die angeführte Decretale [69]) sagt deutlich das Gegentheil.

e) Eine Gewohnheit kann ihre bindende Kraft verlieren durch eine neue Gewohnheit und durch ein entgegenstehendes neues Gesetz. Jedoch wird nach canonischem Rechte [70]) eine Gewohnheit eines kleineren Bezirks durch ein Gesetz, welches für einen größeren Bezirk erlassen wird, nicht aufgehoben, wenn das Gesetz dieses nicht ausdrücklich erklärt.

f) Was den Weg betrifft, auf welchem die Gewohnheit zur Kenntniß des Richters kommen muß, um von ihm berücksichtigt werden zu dürfen und zu müssen, so möchte es vor Allem keinen Zweifel erleiden, daß der Richter Gewohnheiten, die er kennt, auch ohne daß die Parthei sich darauf beruft und sie beweißt, zur Anwendung bringen muß; denn diesen Satz stellt das römische Recht nicht blos in Beziehung

[66]) fr. 34. D. de legib. (1, 3). fr. 32. 35. D. de legib. (1, 3).

[67]) c. 3. C. de aedif. priv. (8, 10).

[68]) §. 9. J. de J. N. (1, 2); pr. J. de acquis. per arrog. (3, 11);

[69]) §. 11. Note y.

[70]) cap. 1. in 6to de consuet. (1, 2).

auf das geschriebene, sondern in Beziehung auf alles bestehende Recht auf [71]). Eine Folge hievon ist, daß er die Pflicht hat, von Amtswegen den bestehenden Gewohnheitsrechten nachzuforschen; was ihm auch in mehreren Stellen [72]) zur Pflicht gemacht wird. Ist aber ein bestehendes Gewohnheitsrecht dem Richter unbekannt, und führen auch die Nachforschungen, die er von Amtswegen vornimmt, zu keinem Resultate: so liegt darin noch kein hinreichender Grund, es unberücksichtigt zu lassen. Hier kann nämlich die Parthei, für welche es spricht, sich darauf berufen, und zum Beweis seiner Existenz zugelassen zu werden verlangen, gestützt auf den Satz des canonischen Rechts [73]), daß eine Gewohnheit res facti sey et in facto consistat, und daher den Behörden nicht immer bekannt seyn könne. Von diesem Beweis gelten dann dieselben processualischen Regeln, wie von jedem andern Beweis. Deswegen können die Zeugnisse und die Partheieneide sich nur auf einzelne Acte beziehen; und dasselbe gilt von den Urkunden, insofern diese nicht bindende Zugeständnisse enthalten.

2) Gerichtsgebrauch.

Darüber §. 13. Uebrigens versteht man in dieser Lehre unter praejudicium nichts anderes, als eine bereits vorgekommene gerichtliche Entscheidung nach einer gewissen Regel. Es sind also Präjudicien nöthig, damit ein materieller Gerichtsgebrauch entstehe.

D. Von der Anwendung der Gesetze und sonstigen Rechtsquellen.

1) In Ansehung der darunter stehenden Personen.

Darüber §. 14.

2) In Ansehung der danach zu beurtheilenden Fälle.

a) Anwendung auf frühere Fälle.

Das römische Recht [74]) stellt den Satz auf: ein neues Gesetz habe in der Regel keine rückwirkende Kraft; es sey in

---

[71]) c. un. C. ut quae desunt advocatis (2. 11.).

[72]) pr. J. de offic. jud. (4, 17); fr. 34. 37. D. de legib. (1, 3); fr. 3. §. 6. D. de testib. (22, 5); c. 1. C. quae sit longa consuet. (8, 53); Nov. 106.

[73]) cap. 1. in 6to (1, 2).

[74]) c. 7. C. de legib. (1, 14).

der Regel nur auf die futura, nicht auch auf die praeterita anwendbar. Auch sagt es deutlich: der die Grenze zwischen den praeteritis und den futuris bildende Zeitpunkt sey der Zeitpunkt der Publikation des neuen Gesetzes [75]), wenn nicht das Gesetz einen spätern an seine Stelle setze [76]), in welchem Falle die Römer [77]) von einer vacatio für die Zwischenzeit sprechen. Hierdurch ist aber die Sache noch nicht erschöpfend bestimmt. Wir bedürfen vielmehr noch näherer Regeln, sowohl über die Frage, was praeteritum und futurum sey, als über die Frage, wann ausnahmsweise ein neues Gesetz auch auf praeterita anwendbar sey. Diese Regeln sind in den letzten Jahrzehnten besonders wichtig geworden durch die Einführung neuer Gesetzbücher und namentlich auch des Code Napoléon. Daher auch die vielen neuen Schriften über diese Fragen, wovon das Lehrbuch (§. 15. Note w) nur einen kleinen Theil anführt.

Was nun die erste Frage betrifft, so stellt das Corpus Juris nirgends ein Princip auf, sondern es gibt nur specielle Verfügungen über die Grenzen der Anwendbarkeit bestimmter einzelnen neu erlassenen Gesetze. Eine Vergleichung dieser Verfügungen möchte übrigens zu folgendem Resultate führen. Zu den praeteritis gehört jeder Fall, in welchem schon vor dem Augenblicke, mit welchem die Herrschaft des neuen Gesetzes anfängt, ein wohlerworbenes Recht (jus quaesitum) vorhanden war; alle übrige Fälle gehören zu den futuris. Ein wohlerworbenes Recht habe ich aber noch nicht dadurch, daß ein Gesetz mir erlaubt, gewisse Verfügungen vorzunehmen, z. B. Geld auf sechs pro Cent Zinsen auszuleihen, oder über meinen künftigen Nachlaß ohne Zuziehung von Zeugen oder einer Behörde und ohne Berücksichtigung gewisser entfernteren Verwandten zu testiren. Auch noch nicht dadurch, daß das Gesetz sagt, wenn ein gewisses Ereigniß eintrete, solle ich ein gewisses Recht erwerben, z. B. wenn mein voll-

---

75) c. 65. C. de decurionib. (10, 31).

76) Beispiele enthalten: Sueton. Octav. c. 34; Nov. 58. Nov. 66. cap. 1. pr.; Nov. 116. cap. 1.

77) Sueton. l. c.

bürtiger Bruder intestatus vor mir sterbe, so solle ich ihn vor den halbbürtigen Geschwistern beerben, oder wenn sich in einem gewissen Theile des öffentlichen Flusses, an welchem mein Grundstück liegt, eine Insel bilde, so solle dieselbe mir gehören. Es wird vielmehr dazu, daß ich ein wohlerworbenes Recht habe, erfordert, daß das Rechtsgeschäft, welches die Gesetze erlauben, wirklich abgeschlossen[78]), oder das sonstige Ereigniß, an welches die Gesetze gewisse Vortheile knüpfen, wirklich eingetreten ist[79]). Eine weitere Beschränkung des Begriffs der wohlerworbenen Rechte enthält aber das römische Recht nicht. So wollte z. B. Justinian seine neue Verordnung über die Rückgabe der dos auf alle die Fälle nicht angewendet wissen, wo die Bestellung (und was dieser gleichsteht) unter der Herrschaft des alten Rechts Statt gefunden hatte[80]). So wollte ferner Justinian alle diejenigen neuen Gesetze, welche für die Errichtung eines Testaments neue Vorschriften enthalten, auf diejenigen Testamente, die schon vor der Publication des neuen Gesetzes errichtet waren, nicht angewendet wissen, wenn auch der Testator im Augenblicke der Publication des Gesetzes noch lebte[81]). Ja schon die lex Falcidia geht von diesem Gesichtspunkte aus[82]). Dieses ist auffallend, weil viventis nulla hereditas, und weil der Erblasser seinen Willen bis zum letzten Augenblicke seines Lebens widerrufen kann. Es ist aber keine Singularität; denn durch die Errichtung eines Testaments werden allerdings auch ohne den hinzu kommenden Tod des Testators wohl erworbene Rechte begründet. Einmal hat der Testator die Befugniß zu verlangen, daß das errichtete Testament, so lange er es nicht widerruft, oder ein sonstiger Grund der Ungültigkeit eintritt, als sein Testament respectirt und z. B. von Niemanden verfälscht oder vernichtet oder ent-

[78]) c. 17. C. de fide instrumentor. (4. 21); Nov. 22 cap. 46 pr.; Nov. 73 cap. 9; Nov. 76 cap. 1. §. 1; Nov. 99 cap. 1.

[79]) c. 12. C. de suis et legitimis (6. 55); Nov. 68 cap. 1. §. 1.; Nov. 98 cap. 1.

[80]) c. un. §. ult. C. de rei uxor. act. (5. 13).

[81]) c. 29. in f. C. de testamentis (6. 23); c. un. §. 15. C. de caducis tollend. (6. 51); Nov. 18. cap. 5.

[82]) fr. 1. pr. D. ad leg. Falc. (35. 2.)

wendet werde; und dann hat der im Testament Honorirte eine gleiche Befugniß gegen jeden Dritten, nur natürlich nicht gegen den Erblasser, als Denjenigen, von dessen Willkühr das Fortbestehen des Testaments abhängt.

Soviel über die Frage: was zu den praeteritis und was zu den futuris gehöre? Die andere Frage: wann ein neues Gesetz ausnahmsweise auf praeterita anzuwenden sey? wird im §. 15. am Ende ganz richtig beantwortet. Nur ist noch zu bemerken, daß nach einer allgemeinen Meinung ein neues Gesetz, wodurch ein früheres Strafgesetz gemildert oder aufgehoben wird, auch auf die praeterita, die noch nicht abgethan sind, Anwendung leidet, ohne daß das neue Gesetz dieses zu verfügen braucht; vorausgesetzt, daß nicht eine Veränderung der Umstände das neue mildere Gesetz veranlaßt hat, sondern eine mildere Ansicht des Gesetzgebers.

Zu vielem Streit gibt die Verordnung Veranlassung, wodurch Justinian[83]) bestimmt, auf welche Fälle seine vorher erlassene Constitution[84]) über das Maximum der Zinsen angewendet werden soll. In der früheren Constitution hatte er verboten, mehr Zinsen als das neue Maximum auszubedingen. Dieses legt er nun dahin aus, daß nach der Publication jenes Gesetzes keine höheren Zinsen eingeklagt werden können, auch wenn sie vorher schon ausbedungen waren. — Offenbar macht hier der Gesetzgeber nur von der Befugniß Gebrauch, einem einzelnen Gesetze rückwirkende Kraft zu ertheilen; und es liegt in dieser Verordnung kein Grund, anzunehmen, daß Prohibitivgesetze auch ohne besondere Bestimmung rückwirkende Kraft hätten. Auch würde diese Annahme mit den von Wening[85]) angeführten Novellen in offenbarem Widerspruch stehen; und ebenso damit, daß Constantin[86]) für nöthig gefunden hat, von seinem bekannten Verbot der lex commissoria beim Pfandrechte ausdrücklich zu verordnen, daß es auch auf die bereits abgeschlossenen Verträge dieser Art Anwendung leiden soll[87]).

---

83) c. 27. C. de usur. (4. 32).

84) c. 26. C. de usur. (4. 32).

85) §. 15. Note c.

86) c. ult. C. de pact. pign. (8. 35).

b) Analoge Anwendung.

Die hier geltenden Regeln gibt §. 16. an. Die analoge Anwendung gründet sich nicht auf die Interpretation im engeren und eigentlichen Sinne des Worts, sondern auf eine andere Reflexion. Die letztere wird aber im weiteren Sinne auch Interpretation genannt[88]. Bei der obigen Eintheilung der doctrinellen Interpretation in grammatische und logische hatte ich nur die Interpretation im engeren Sinne im Auge. Thibaut[89]) dagegen theilt mit manchen anderen Juristen die Interpretation im weiteren Sinne so ein. Er stellt die Nachzeigung der analogen Anwendbarkeit eines Gesetzes als eine Art der logischen Interpretation dar, und nennt sie interpretatio extensiva ex ratione legis oder ausdehnende Erklärung nach dem Grunde des Gesetzes. Im Gegensatze davon nennt er diejenige, die wir oben interpretatio extensiva ohne Zusatz genannt haben, interpretatio extensiva nach der Absicht des Gesetzes; so wie er überhaupt das, was ich oben logische Interpretation genannt habe, logische Interpretation nach der Absicht des Gesetzes nennt, im Gegensatze von einer logischen Interpretation nach dem Grunde des Gesetzes. Jedoch nimmt er mit Recht keine andere logische Interpretation der letzteren Art an, als die s. g. extensive.

c) Beschränkung ex ratione legis (?)

Der Satz: cessante ratione legis cessat lex ipsa, ist, wie besonders Thibaut gezeigt hat, in jeder Beziehung unrichtig. Man darf ein Gesetz weder als aufgehoben ansehen, weil die ratio später weggefallen ist, noch darf man es in seiner Anwendung einschränken, weil etwa sein Grund ausnahmsweise auf einzelne von den Fällen, wofür es gegeben ist, nicht paßt (s. g. interpretatio restrictiva ex ratione legis). Der Richter würde seine Bestimmung als Diener des Gesetzes aufgeben und die Gesetzgebung meistern, wenn er sich jenes

87) Diese Ansicht ist auch ausgesprochen in den Zusätzen zu Thibauts Pandekten-System. §. 25.

88) S. oben S. 26. Note 18.

92) Pandekten-System §. 43. und 49.

oder dieses erlauben wollte. Auch die Ausnahmen, die Wening[90]) im §. 17. behauptet, sind ungegründet. Alle Stellen, die er dafür anführt, reden deutlich nur von der einschränkenden Erklärung nach der Absicht des Gesetzes. Mit anderen Worten: in allen den Stellen, von welchen Wening behauptet, sie reden von Fällen, auf welche man ein Gesetz trotz dem Willen des Gesetzgebers nicht anwenden dürfe, weil die ratio legis nicht eintrete, in allen diesen Stellen ist nur von Fällen die Rede, für welche der Gesetzgeber das Gesetz nicht geben wollte, obgleich die Worte auch auf sie gehen[91]). Namentlich gilt auch die Regel der in der Note x citirten c. 6. nur von der eigentlichen Interpretation. Sie sagt nämlich: wenn ein Gesetz, das offenbar nur auf den Vortheil gewisser Personen berechnet ist, so lautet, daß es wörtlich genommen in gewissen Fällen denselben Personen zum Nachtheile gereichen würde, so soll es deswegen nicht von diesen, sondern nur von den übrigen Fällen verstanden werden. Ein sehr auffallendes Beispiel kommt in der Lehre von der Excusation der Vormünder vor[92]).

3) Im Verhältniß zu anderen Gesetzen.

a) Desselben Distrikts.

Darüber s. §. 18., wo übrigens der Satz der Note a nur eine Interpretationsregel ist.

b) Verschiedener Distrikte.

Wening gibt zuerst im §. 19. allgemeine Regeln an, und dann handelt er im §. 20. von deren Anwendung auf die wichtigsten Fälle. Von den allgemeinen Regeln, die er annimmt, wird eine von Eichhorn und schon von Thibaut[93]) mehr hervorgehoben. Ich meine die Regel, daß im Ganzen die statuta personalia, d. h. die Gesetze des Distriktes, in welchem die Person ihren allgemeinen Gerichtsstand hat, zur

---

[90]) Weiter als Wening geht Schweppe röm. Privatrecht §. 16.

[91]) In dem citirten fr. 6. heißt es sogar ausdrücklich: „intelligendum est, de his legem sentire, qui liberos tollere possunt; itaque si castratum . . . .“

[92]) fr. 13. §. 2. D. de excusat. (27. 1).

[93]) Pandekten-System §. 36.

Anwendung kommen müssen, und daß die statuta realia, d. h. die Gesetze des Orts, an welchem eine Sache liegt, und die statuta mixta, d. h. die Gesetze des Orts, an welchem eine Handlung vorgenommen wird, nur alsdann ausnahmsweise anzuwenden sind, wenn die Unterwerfung unter diese fremden Gesetze entweder vermöge der Natur der gesetzgebenden Gewalt als nothwendig erscheint, oder als freiwillig geschehen angenommen werden muß. Mit dieser einen Regel hätte sich Wening im §. 19. begnügen können. Alles was er sonst noch anführt, enthält schon Anwendungen derselben. Aber freilich sind sie nicht immer richtig. Wenigstens lautet das, was unter 4 gesagt wird, viel zu allgemein, wie Wening selbst im §. 20 zeigt.

Ueber die specielleren Regeln des §. 20. habe ich Folgendes zu bemerken. Die Regeln unter 1 und 2 erleiden Ausnahmen, insoweit entweder die fremden Gesetze, in deren Bezirk das Verhältniß geltend zu machen ist, ausdrücklich festgesetzt haben, daß es nach ihnen beurtheilt werden soll, oder es sich um staatsrechtliche Vorzüge einer Person handelt. Statt der Ausnahme bei der Note n nimmt Eichhorn wohl mit Recht an, daß alle, wenn auch auf das ganze Vermögen sich beziehende, Rechtsgeschäfte, wobei eine öffentliche Behörde zu concurriren hat, gerade wie die eigentlichen Proceßhandlungen, rücksichtlich ihrer Form nach dem statutis mixtis zu beurtheilen seyen. Gewöhnlich nimmt man dasselbe auch bei den ohne Concurrenz einer Behörde zu errichtenden Rechtsgeschäften an, etwa mit Ausnahme des Falls, wenn das Geschäft in foro generali geltend zu machen ist, und die Gesetze des letzteren weniger streng sind als die statuta mixta; allein man hat dafür keinen hinreichenden Gund. Die Regel unter 3 gilt nach demjenigen, was unter 2 vorkam, nur da, wo die Sache als einzelne Sache, nicht auch da, wo sie als Theil eines ganzen Vermögens in Betracht kommt, insofern nicht die statuta realia ausdrücklich festsetzen, daß sie in solchen Fällen zur Anwendung gebracht werden sollen. Auch gilt sie, diesen Fall abgerechnet, nur von Immobilien. Die Regel

unter 4 gilt nur, insoweit die Absicht zu vermuthen ist, sich den fraglichen Gesetzen zu unterwerfen, und dieses ausgemacht werden kann. Sie gilt also z. B. nicht, wenn ein anderer locus solutionis festgesetzt ist; und wird nicht gelten, wenn die vorgeschriebene Form umgangen werden soll. Zum Schluß muß ich noch bemerken, daß man die Anwendbarkeit der statuta mixta durch die Worte anzugeben pflegt: locus regit actum, und daß dieser Satz außer den unter 2 und 4 angegebenen Fällen, und denjenigen, welche im §. 19. unter 6 erwähnt werden, auch auf widerrechtliche Handlungen, und namentlich auch in civilrechtlicher Rücksicht, anzuwenden ist.

4) Von dem Aufhören der Anwendung.

Wening gibt im §. 21. zwei Fälle an, in welchen die Anwendung eines Gesetzes aufhören soll, ohne daß das Gesetz selbst wegfällt. In dem ersten Falle aber hört nur die directe Anwendung auf; das Gesetz bleibt noch ein Theil der bestehenden Gesetzgebung, und kann also benutzt werden, um Lücken derselben in ihrem Geiste auszufüllen; oder mit andern Worten: die analoge Anwendung ist noch so möglich, wie wenn der Gegenstand nicht weggefallen wäre. Dieses gilt auch von den Stellen des römischen Rechts, welche von Instituten reden, die in Deutschland nicht recipirt sind. Ueber den zweiten Fall habe ich meine entgegesetzte Ansicht schon oben bei Gelegenheit des §. 17. ausgesprochen.

II. Vom Einflusse rationeller Principien im positiven Rechte.

Unter dieser Rubrik handelt Wening in den §§. 22—24. vom Naturrecht, von der Moral und von der Billigkeit. Was das erste betrifft, so ist der Ausdruck „willkührlich gebildete Vorschriften“ jedenfalls nicht bezeichnend für dasjenige Naturrecht, welches dem Gesetzgeber zur Berücksichtigung zu empfehlen ist. Ueber die Frage, ob das römische Recht wirklich zwischen Moral und Recht keine genaue Grenze

zieht, und überhaupt über alle diese Gegenstände finden wir interessante Untersuchungen in zwei Schriften von Welcker [94]).

Zweites Kapitel.

Von den Rechten im subjectiven Sinne.

I. Von den Rechten überhaupt.

Unter dieser Rubrik handelt Wening in den §§. 25—29. vom Begriffe und den Folgen eines Rechts, von der Ausübung der Rechte, von dem Erwerb und von dem Verlust derselben. Zu diesen §§. habe ich zu bemerken:

1) Wenn am Ende des §. 25. gesagt werden soll, jedem Rechte im subjectiven Sinne entspreche eine allgemeine Verbindlichkeit, es gebe also keine relative, sondern nur absolute Rechte, so enthält diese Stelle etwas unrichtiges.

2) Die gewöhnlich aufgestellte und auch im §. 26. vorkommende Regel, daß man sein Recht nicht ausüben dürfe, um blos einen andern zu necken, ist ungegründet. Von den Stellen, die man dafür anführt, enthält die eine, die von der Verbauung der Aussicht auf das Meer spricht, eine willkührliche baupolizeiliche Verordnung Justinians. Eine andere, die von dem Bauen ad aemulationem alterius civitatis spricht, beruht wahrscheinlich auf einer alten Verordnung dieser Art, und sagt auch nur, dergleichen Bauten dürfen ohne Erlaubniß des Regenten nicht aufgeführt werden. Eine dritte und vierte spricht von dem Rechte, den natürlichen Wasserlauf, für welchen die Römer bekanntlich sehr sind, zum Nachtheile des Nachbars zu ändern. Hier handelt es sich um eine Collision des Eigenthumsrechts mit dem natürlichen und in dem römischen Rechte anerkannten Rechte des Nachbars. Von der Art, wie die römischen Juristen

---

[94]) Die letzt. Gründe v. R. St. u. Str. S. 450 fgg. Jurist. Encykl. u. Methodol. S. 588 fgg. und an mehreren and. Stellen.

diesen Collisionsfall entschieden, darf man natürlich keinen Schluß machen auf Fälle, wo nur ein Theil ein Recht hat. Die fünfte Stelle endlich, das fr. 23., welches Wening als die Cardinalstelle ansieht, bestimmt nur die Bedingungen einer auf bloße Billigkeit gegründeten Concession, nämlich der dem bonae fidei possessor zu gebenden Erlaubniß, die auf die fremde Sache gemachten impensae voluptuariae, die in das Eigenthum dessen übergegangen sind, dem die Hauptsache gehört, bei der Vindication wegzunehmen [95]).

3) Sowohl in der Art, wie ein Rechtsverhältniß begründet worden seyn soll, als in einem Ereigniß, welches nach seiner Begründung statt gefunden hat, kann der Grund liegen, warum es als nicht vorhanden anzusehen ist. In beiden Fällen ist es entweder ipso jure nichtig, oder wie Wening sagt, null und nichtig, oder es ist blos unwirksam d. h. es ist gültig, kann aber vermittelst einer besonderen Klage, z. B. der querela inofficiosi testamenti, oder vermittelst einer exceptio, vereitelt werden. Von Rechten der allerletzten Art sagen wir zuweilen, sie seyen ope exceptionis nichtig. Wie es sich hier verhält, wird im §. 29. unter 2 richtig angegeben. In einer andern als der dort angegebenen Bedeutung kommt der Ausdruck ope exceptionis nicht vor, und an dem, was Wening unter 1 angibt, ist nur das wahre, daß die exceptiones sich häufig, jedoch bei weitem nicht immer, auf das jus gentium oder auf das prätorische Recht gründen. Auch ist der Uebergang in dem Lehrbuche mit den Worten: „und außerdem", unpassend und verwirrend. Denn wenn man sagt: es kann Rescission eines Verhältnisses vermittelst einer exceptio von dem Richter gefordert werden; so bedeutet dieses ganz dasselbe, wie wenn man sagt: dieses Verhältniß ist ope exceptionis nichtig.

II. Von den einzelnen Arten der Rechte.

A) Gegenwärtige und zukünftige Rechte.

Darüber §. 30. Unter einem „bestimmten Ereigniß" ver-

---

[95]) Dieser Ansicht ist auch Schweppe im röm. Privatrechte §. 146.

steht Wening denjenigen dies incertus, der nicht als conditio, sondern als ein wahrer dies anzusehen ist [96]).

B) Rechte, die sich auf Privilegien gründen.

Mit der Eintheilung des Rechts im objectiven Sinne in jus generale und jus speciale und den dazu gehörigen Untereintheilungen (§. 1. u. 3.) hängt eine Eintheilung der Rechte im subjectiven Sinne und eine dazu gehörige Untereintheilung zusammen. Entspringt eine Befugniß aus einem jus generale im objectiven Sinne, so kann man sie jus generale im subjectiven Sinne, und entspringt sie aus einem Privilegium im engeren objectiven Sinne, so kann man sie ein Privilegium im engeren subjectiven Sinne nennen. Der letzte Sprachgebrauch findet sich auch in den Quellen. Die jura generalia im subjectiven Sinne kann man weiter eintheilen in jura communia und in jura singularia. Sie sind communia, wenn sie durch das jus commune im objectiven Sinne, und singularia s. beneficia juris s. legis, wenn sie durch ein jus singulare im objectiven Sinne begründet sind. Unter dem Ausdruck Privilegien im weiteren subjectiven Sinne werden auch die jura singularia im subjectiven Sinne mit begriffen, wie die jura singularia im objectiven Sinne unter dem Ausdruck Privilegien im weiteren objectiven Sinne mitbegriffen werden. Von den jura communia ist hier nichts besonderes zu sagen, wohl aber von den beiden Arten der Privilegien.

1) Ueber die jura singularia s. §. 30. und 32. Uebrigens gehört Einiges von dem hier Vorkommenden eigentlich in die Lehre von den jura singularia im objectiven Sinne, nämlich der größte Theil des Textes der Note l, der Text der Noten m und r, besonders aber die Eintheilung in j. s. odiosa und favorabilia.

2) Von den Privilegien im engeren Sinne ist in den §§. 33. und 34. die Rede, und zwar zuerst von dem Begriffe, dann von der Begründung (bei dieser Gelegenheit freilich

---

96) Vergl. unten §. 114. 1. u. 2.

auch von einer Eintheilung), wohin auch noch der Text der Noten b. und c. gehört, dann von den Eintheilungen, dann von den Wirkungen, namentlich auch von den Klagen, und zuletzt im §. 34. von dem Erlöschen derselben. Von diesen fünf Hauptpunkten kann ich drei nicht mit Stillschweigen übergehen.

a) Die Eintheilung in privilegia odiosa und favorabilia gehört in das erste Kapitel. Das privilegium ad instar, wobei das Muster privilegium exemplare genannt wird, kann eben so gut ein gratuitum als ein onerosum seyn.

b. Die Klage aus einem Privileg verdient nur dann den Namen confessoria, wenn das Privileg Aehnlichkeit mit einer Servitut hat.

c. Unter den sieben Erlöschungsarten muß ich hier fünf zur Sprache bringen.

Bei dem Erlöschen durch Entsagung hätten die Standesprivilegien nicht erwähnt werden sollen, denn diese sind keine Privilegien im eigentlichen Sinne, sondern jura singularia. Auch ist es unrichtig, daß der Einzelne einem Standesprivilegium im Allgemeinen nicht entsagen kann. Das römische Recht [97]) sagt ausdrücklich das Gegentheil, und die citirte Stelle des canonischen Rechts redet nur von dem den Geistlichen zustehenden privilegium fori, und erklärt dasselbe deswegen für unverzichtbar für den einzelnen Geistlichen, weil es als Rechtswohlthat für die Kirche (collegii ecclesiastici) anzusehen sey.

Was das Aussterben der priviligirten Personen betrifft, so ist ein auch den Nachkommen (posteris, generi) ertheiltes Privileg im Zweifel nicht auf die männlichen Nachkommen beschränkt, es geht aber auch nicht auf die Nachkommen der weiblichen Nachkommen über [98]).

Die Regeln über den Widerruf eines Privilegs von Seiten des Ertheilers leiden offenbar auch Anwendung auf den Fall, wenn einem Anderen ein Privileg ohne Erschleichung ertheilt wird, welches mit dem mir bereits er-

---

97) c. 29. C. de pactis (2. 3.). | 98) Wening §. 34. Note k.

theilten Privileg im Widerspruch steht; was übrigens nur in der Art vorkommen kann, daß entweder eines der beiden Privilegien als ausschließliches Recht ertheilt ist, oder das eine in einem Rechte und das andere in der Freiheit von der demselben entsprechenden Verbindlichkeit besteht. Der hier beabsichtigte indirecte Widerruf kann wie jeder directe auch ein partieller seyn.

Durch den Tod des Ertheilers hört ein Privilegium nur alsdann auf, wenn es ad bene placitum der physischen Person des Ertheilers, nicht auch wenn es ad bena placitum der Krone (z. B. sedis apostoticae) ertheilt ist [99].

Was endlich den Nichtgebrauch oder die Verjährung betrifft, so habe ich in einer besonderen Abhandlung [100]) zu zeigen gesucht, daß es, wie auch der angeführte Hufeland und Mühlenbruch [101]) annehmen, keinen Verlust der Privilegien durch eine für diese eingeführte besondere Verjährung gebe, sondern alles so zu halten sey, wie wenn das Recht oder die Freiheit, worin das einzelne Privileg besteht, nicht durch ein Privileg im objectiven Sinne, sondern auf irgend eine andere Weise entstanden wäre. Nach dieser Ansicht muß man unterscheiden zwischen affirmativen und negativen Privilegien. Bei jenen handelt es sich um eine Extinctivverjährung, bei diesen um eine Acquisitivverjährung. Eine allgemeine Extinctivverjährung von affirmativen Privilegien ist die Klagenverjährung; eine besondere, wozu eine kürzere Frist hinreicht, kommt bei denjenigen Rechten vor, welche auch, wenn sie nicht durch Privileg ertheilt worden wären, auf diese Weise aufhören würden. So tritt z. B. bei einer als Privileg ertheilten Servitut der Verlust durch zehn- oder zwanzigjährigen Nichtgebrauch gerade eben so ein, wie wenn derselbe auf andere Weise entstanden wäre. Wahrscheinlich ist auch das Marktprivileg, wovon die angeführte römische Stelle spricht, von einer Servitut,

---

99) Wening §. 84. Note p.

100) Zeitschrift für Civilrecht u. Civilproceß B. 4. H. 2. Nro. 6.

101) Doctr. Pand. Vol. I. §. 81.

nämlich von dem Rechte, Waaren an einer bestimmten Stelle zum Verkauf auszulegen, also von einem Ususfruct zu verstehen. Eine Acquisitivverjährung, wodurch die durch ein negatives Privileg aufgehobene Last wieder begründet wird, ist nicht, wie Wening annimmt, allgemein, sondern nur ausnahmsweise bei gewissen Lasten zuläßig, nämlich bei denselben, die auch, wo sie nie existirt haben, oder auf andere Weise als durch Privileg aufgehoben worden sind, durch Verjährung begründet werden können. Nur eine Anwendung hiervon ist es, wenn das canonische Recht die Zehntfreiheit, welche den Gütern einer gewissen geistlichen Corporation ertheilt ist, durch 40jährigen Nichtgebrauch erlöschen, oder mit andern Worten, die durch ein Privilegium aufgehobene Zehntberechtigung auf geistlichen Gütern durch 40jährigen Besitz wieder entstehen läßt [102]. Denn das Zehntrecht kann bekanntlich überhaupt durch 30jährigen und an geistlichen Gütern durch 40jährigen Besitz begründet werden [103].

C) Von der Verschiedenheit der Rechte nach dem Gegenstande.

Es war offenbar nicht Heises Absicht, daß unter dieser Rubrik der Sinn der Abtheilung des Privatrechts in jus personarum, rerum et actionum angegeben werden sollte, indem dies nicht eine Eintheilung der Rechte im subjectiven Sinne, sondern, wie gesagt, eine Abtheilung des Privatrechts im objectiven Sinne ist. Wenn nun Wening demungeachtet diese Abtheilung hier vorbringt, so geschieht es theils weil er mehr die Anordnung seines Buchs, als die Grundverschiedenheiten der privatrechtlichen Befugnisse im Auge hat, theils weil der Gedanke einer vergleichenden Zusammenstellung einer Abtheilung des Rechts im objectiven Sinne mit einer Eintheilung der durch dasselbe erzeugten Rechte im subjectiven Sinne sehr nahe liegt, — ein Gedanke, den ja auch Löhr in der angeführten Abhandlung

[102]) Ueber die Abweichung des citirten cap. 6. von dem citirten cap. 15. s. Glück a. a O. und meine angeführte Abhandlung.

[103]) c. 4. 13. X. de praescript. (2. 36.). I. H. Boehmer Jus Eccles. Prot. Lib. III. Tit 30. §. 39.

ausführt. Ich sage hier nichts über den Sinn dieser Abtheilung, nicht blos deswegen, weil sie nicht eigentlich hierher gehört, sondern auch deswegen, weil die verschiedenen Ansichten darüber schon in der Institutionenvorlesung angegeben und beurtheilt werden.

Die Eintheilung der civilrechtlichen Befugnisse in die vier gegen das E. des §. 35. angegebenen Klassen wird gewöhnlich, und namentlich auch in der angeführten Abhandlung von Löhr, nicht blos als eine Eintheilung nach dem Gegenstande, sondern als eine Combination einer Eintheilung nach dem Gegenstande und einer Eintheilung nach dem Umfange dargestellt; und gewiß erhält man durch eine solche Combination eine klarere Anschauung von den Grundverschiedenheiten der fraglichen vier Klassen, als wenn man mit dem Verfasser dabei nur auf den Gegenstand sieht.

Nach dem Gegenstande theilen sich die privatrechtlichen Befugnisse ein in solche, die auf eine Herrschaft über eine Sache gehen, in solche, die auf eine Herrschaft über fremde Handlungen gehen, und in solche, die zunächst nicht auf eine Herrschaft über einen bestimmten Gegenstand gehen, sondern blos auf Anerkennung einer persönlichen Eigenschaft, welche auf die Fähigkeit andere Rechte zu haben Einfluß hat.

Nach dem Umfang theilen sie sich ein in solche, denen eine besondere positive Verbindlichkeit entspricht, in solche, denen eine allgemeine negative Verbindlichkeit entspricht, und endlich in solche, denen eine besondere positive und eine allgemeine negative Verbindlichkeit entspricht. Gewöhnlich nennt man die Rechte der ersten Art relative und die der zweiten und dritten Art absolute Rechte. Mann kann aber auch von denen der dritten Art sagen, sie seyen relativ und absolut zugleich.

Eine Combination dieser beiden Eintheilungen zeigt sich bei Unterscheidung der oben berührten vier Classen von civilrechtlichen Befugnissen auf folgende Weise. Rein absolute Rechte sind die sogenannten jura status und die

jura in re oder dinglichen Rechte. Sie unterscheiden sich nur in Betreff des Gegenstandes. Die letzten geben eine Herrschaft über eine Sache, die ersten dagegen befähigen blos den Berechtigten zu anderen Befugnissen. Rein relativ sind, wenn man von dem Rechte eine begründete Klage zu erheben, als einer bloßen Wirkung anderer nicht anerkannter Rechte absieht, nur die Schuldforderungen, die denn immer Handlungen des Verpflichteten zum Gegenstande haben. Relativ und absolut zugleich sind unter den im römischen Privatrechte gegründeten Befugnissen nur die Familienrechte. Diese verpflichten die unterworfene Person zu positiven Handlungen, und jeder Dritte hat die Verpflichtung, nichts zu thun, wodurch die Herrschaft über diese Handlungen gestört oder unmöglich gemacht wird, gerade wie bei einem dinglichen Rechte Jedermann verpflichtet ist, die Herrschaft über die Sache nicht zu stören oder unmöglich zu machen. Gegenstand der Familienrechte sind auch Handlungen einer Person, wie dies bei den Schuldforderungen der Fall ist, und ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden liegt nur in der Verschiedenheit des Umfangs. Freilich gehen die Familienrechte auf eine dauernde Herrschaft über die Handlungen der unterworfenen Person, während eine Schuldforderung durch Erfüllung aufhört, und man nimmt daher gewöhnlich einen wesentlichen Unterschied im Gegenstande an. Allein es gibt auch Schuldforderungen, die sich in dieser Beziehung von den Familienrechten nicht unterscheiden. Man denke z. B. an die durch Vertrag begründete Verbindlichkeit Jemanden lebenslänglich oder bis zu seiner Verheirathung oder bis zu seiner Volljährigkeit mit mir an meinem Tische essen, oder in meinem jeweiligen Logis wohnen zu lassen, oder mit den erforderlichen Kleidern zu versehen. Für solche Fälle wird man einen wesentlichen Unterschied von einem Familienverhältniß nur darin finden, daß dort nicht wie hier neben der besonderen positiven auch eine allgemeine negative Verbindlichkeit Statt findet.

So viel über die fragliche Eintheilung im Allgemeinen. Bemerkungen darüber, wie der Gegenstand auf den Umfang der Natur der Sache nach Einfluß haben muß, und wie die obige Rubrik etwa geändert werden könnte, wird der denkende Leser von selbst machen.

Was Wening über jus in re und obligatio insbesondere im §. 36 sagt, muß ich im Ganzen unterschreiben. Nur scheint dort einmal auf die Stelle der Note gg zu viel Gewicht gelegt zu werden; dann weicht meine Ansicht über den Begriff einer actio in rem, wie ich im folgenden Kapitel näher angeben werde, von der bei der Note h angegebenen ab; und endlich halte ich die Bemerkung bei der Note hh nicht für gegründet. Die Römer bezeichnen nämlich die actio in personam als eine Klage, die sich auf ein dare vel facere oportere gründet [104]), und die obligatio als ein Recht und als eine Pflicht ad dandum aliquid vel faciendum [105]). Jene ist daher nichts anderes als die aus dieser entstehende Klage, was die Institutionen [106]) auch noch ausdrücklich sagen. Wenn nun die Römer von einem Falle sagen, es finde eine actio in personam statt, so versteht es sich von selbst, daß sie eine obligatio annehmen, wenn sie auch bei Aufzählung der Entstehungsarten der Obligationen, durch das alt Hergebrachte geleitet, diesen Fall nicht mit nennen, wie dieses z. B. bei der durch Verwandtschaft begründeten Alimentationspflicht der Fall ist, welche bekanntlich erst in der Kaiserzeit klagbar wurde, und nur vermittelst einer persecutio. Ich will damit nicht behaupten, daß nicht bei jeder obligatio auf der Seite des Schuldners eine Thatsache müsse Statt gefunden haben, die gerade ihn zum Schuldner macht. Eine solche Thatsache liegt aber in dem beispielsweise angeführten Falle in der Verwandtschaft, und wird sich in allen Fällen finden, die der Verfasser im Auge hat.

---

104) Wening §. 39. Note nn.
105) Wening S. 88. Note a.
106) §. 1. I. de actionib. (4. 6.)

III. Von der Concurrenz und Collision mehrerer Rechte.

Was unter Concurrenz und Collision der Rechte zu verstehen ist, gibt §. 37. im Anf. an. — So trivial der Satz ist: was nicht existirt, das kann nicht mit etwas anderm concurriren oder gar collidiren; so mußte doch Thibaut in der angeführten Abhandlung auf manche Anwendungen desselben aufmerksam machen. So redete man früher z. B. von einer Collision der Rechtswohlthat desjenigen Weibes, bei welchem intercedirt wird, mit der Rechtswohlthat der Intercedentin, während doch bekanntlich das Senatusconsultum Vellejanum und die an dieses sich anschließenden späteren Gesetze nur von einem beneficium des intercedirenden Weibes sprechen. Thibaut selbst führt jenen Satz bei Aufstellung der einzelnen Regeln, wie sich unten zeigen wird, nicht immer strenge durch; und es ist nicht überflüssig, wenn jetzt Stahl in der angeführten Abhandlung darauf aufmerksam macht, daß man von einer wahren Collision von Rechten im subjectiven Sinne, wohin z. B. die Collision mehrerer Gläubiger im Concurse des Schuldners gehört, zwei andere Collisionen strenge unterscheiden muß, nämlich erstens die Collision der Rechtsnormen, wobei die unterliegende keine Befugnisse erzeugen kann, die mit den durch die andere Norm erzeugten in Collision kommen könnten, und zweitens die Collision der Rechtsgründe, namentlich der Rechtsgeschäfte, wie z. B. wenn derselbe Gegenstand dem A ganz und dem B ganz legirt ist, wo es sich zunächst um die Frage handelt, welcher Rechtsgrund wirklich ein Recht erzeugt.

Auch wie die Concurrenz und die Collision der Rechte eingetheilt wird, gibt der §. 37. richtig an. — Die Eintheilung der Concurrenz und der Collision der Befugnisse verschiedener Personen in directe und indirecte rührt von Thibaut her. Sie wird von Denjenigen nicht ganz richtig aufgefaßt, welche den einen Ausdruck für alle Fälle gebrauchen, wo die beiden Berechtigten ihre Ansprüche gegen

einander, und den andern nur für den Fall, wenn sie dieselben gegen einen Dritten erheben. So bleibt z. B. die Collision zweier Pfandgläubiger auch alsdann eine indirecte in dem Thibaut'schen Sinne, wenn der eine in den Besitz des Pfandobjects kommt, und der andere deswegen mit seinem Anspruch gegen ihn und nicht gegen einen Dritten auftritt.

Den allgemeinen Regeln über die Collision der Rechte, die im römischen Rechte enthalten seyn sollen, ist der §. 38. gewidmet.

Was hier von dem Zusammentreffen mehrerer Rechte in einem Subjecte gesagt wird, das leidet keinen Zweifel. Es hätte aber übergangen werden können, indem es unten in verschiedenen Lehren ohnehin, und zwar noch näher, angegeben wird.

Ueber die Collision der Rechte verschiedener Personen stellt man erst seit der angeführten Abhandlung von Thibaut eine Reihe von Regeln auf, die allgemein gelten sollen. Früher begnügte man sich mit wenigen Regeln über die Collision der Rechte, welche auf Privilegien im weiteren Sinne beruhen, und mit speciellen Regeln über die Collision einzelner Arten von Rechten (z. B. der dinglichen Rechte, der Forderungen), wie sie auch bei Wening im besonderen Theile gelegenheitlich vorkommen. Genau genommen gibt es äußerst wenige allgemeine Regeln, welche von wirklich collidirenden Rechten verschiedener Personen gelten. Gehen wir diejenigen durch, welche Thibaut aufstellt, und welche Wening unter sechs Nummern bringt.

Die erste heißt: das aus einer specielleren Norm entspringende Recht geht dem aus einer generelleren Norm entspringenden vor. — Sind die beiden Normen klar als Regel und Ausnahme gegeben, so ist die Regel für den Fall der Ausnahme aufgehoben, und kann also hier keine Rechte erzeugen, die mit den durch die Ausnahmsvorschrift erzeugten in Collision kommen könnten. Hier ist also keine Collision von Rechten im subjectiven

Sinne vorhanden. Von diesem Falle ist übrigens das römische: species derogat generi, wie uns Stahl mit Recht aufmerksam macht, gar nicht zu verstehen, sondern von dem Falle, wenn zugleich eine allgemeine Verfügung getroffen wird, und eine speciellere, mit welcher jene, wörtlich genommen, im Widerspruch steht. Hier soll im Zweifel angenommen werden, die allgemeinere Verfügung sey nur für solche Fälle gegeben, von welchen die speciellere nicht spricht [107]). Dies ist, wie Wening richtig bemerkt, eine Interpretationsregel, und gehört also auch eigentlich nicht hierher. Es ist übrigens nicht blos eine Interpretationsregel für gesetzliche, statutarische und dergleichen Verfügungen, sondern auch für gewöhnliche Privatdispositionen [108]).

Die zweite Regel heißt: hat das Gesetz selbst das Rangverhältniß entschieden, so bleibt es bei dieser Entscheidung. — Gegen diese Regel läßt sich natürlich nichts einwenden. Aber Wening hätte nicht in der Note u als Beispiele die Verordnungen über die Intercession eines Weibes für den Preis einer Freilassung und für die Bestellung einer dos anführen sollen. Hier ist nämlich durchaus keine Collision von Rechten vorhanden, sondern nichts anderes als eine gesetzliche Ausnahme von der gesetzlichen Regel.

Die dritte Regel, oder eigentlich nur eine Bemerkung, die sich auf die zweite bezieht, ist: das Alter gibt in der Regel keinen Vorzug, sondern nur ausnahmsweise bei persönlichen Rechten auf bestimmte Leistungen, und in zweifelhaften Fällen bei Privilegien und Pfandrechten. [109]). — Die Regel hat nun gar keinen Anstand. Unter den Ausnahmen tritt die erste nach der dafür angeführten Pandektenstelle [110]) nur in dem Falle ein, wenn die Forderungen auf Arbeiten

---

[107]) S. die Stellen der Noten r. und s. und Stahl a. a. O.

[108]) Note s.

[109]) Der Vorzug des früheren Verlöbnisses wird von Thibaut nicht erwähnt, und gehört auch nicht in diese Vorlesung.

[110]) fr. 26. D. locati (19. 2.).

oder Aehnliches gehen, und sämmtlich erfüllt werden können, aber nicht auf einmal. Bei der zweiten Ausnahme denkt Thibaut nur an die Privilegien im engeren Sinne, nicht an die singulären Rechte. Wening hat daher Unrecht, wenn er eine Pandektenstelle, die von den privilegiis exigendi, also von singulären Rechten sagt, das Alter entscheide nicht, anführt, um zu beweisen, daß Thibauts Behauptung unrichtig sey [111]). Aber wie steht es mit den Gründen, welche Thibaut für seine Behauptung anführt? Er stützt sich darauf, daß Privilegien, wodurch wohl erworbene Rechte verletzt werden, im Zweifel nicht gelten. Dieser Satz beweißt aber nicht mehr, als daß das neuere mit dem früheren in Widerspruch stehende Privileg im Zweifel als erschlichen anzusehen ist; und mehr behauptet auch Thibaut nicht. Ist der Wille des Gesetzgebers das alte Privileg indirect aufzuheben unzweifelhaft, so entscheiden offenbar die oben angegebenen Regeln über die Aufhebung der Privilegien. Was die dritte Ausnahme betrifft, so gründet sich der in der Regel Statt findende Vorzug des früheren Pfandrechts vor dem späteren auf den Satz: nemo plus juris in alterum transferre potest, quam ipse habet. Dieser Satz führt, wie ich an einem anderen Orte [112]) herausgehoben habe, bei anderen jura in re aliena zu demselben Resultate, wie bei dem Pfandrechte. Und im Grunde ist hier, wie Wening mit Stahl bemerkt, überall keine Collision vorhanden, so wenig als zwischen einem jus in re aliena und dem durch dasselbe beschränkten Eigenthum; indem dort Derjenige, dessen Recht später constituirt worden ist, und hier der Eigenthümer, keine Befugniß hat, die mit dem Rechte des anderen in Widerspruch steht.

Die vierte, oder eigentlich die dritte Thibaut'sche Regel ist: Entscheidet weder Specialität noch eine besondere gesetzliche Bestimmung, so hat bei der

---

[111]) Dieses fr. 32. führt Thibaut selbst an, um zu beweisen, daß der Vorzug des Alters nicht allgemein sey.

[112]) Archiv f. civ. Praxis B. 8. H. 2. S. 289.

directen Collision Derjenige, welcher einen positiven Schaden von sich abwenden will, den Vorzug vor Demjenigen, welcher einen Gewinn machen will.

Für diesen Satz beruft sich Thibaut auf eine Pandektenstelle [113]), welche von dem Falle redet, wenn ein minderjähriger Haussohn von einem Gelddarlehn, welches ihm ein anderer Minderjähriger gegeben, bereichert ist, und sich nun neben dem Senatusconsultum Macedonianum, gegen dessen Wirkung der minderjährige Geber bekanntlich Restitution verlangen kann, auf seine eigene Minderjährigkeit beruft, um wegen derselben restituirt zu werden. Die Stelle entscheidet für den Geber. — Wening behauptete früher, diese Stelle beweise zwar den von Thibaut aufgestellten Satz, aber nicht allgemein, sondern nur bei der in integrum restitutio. Jetzt führt er noch einige andere Stellen an, und will darauf die Behauptung gründen, daß der fragliche Vorzug „auch sonst vorkomme". Daß er allgemein gelte, wie Thibaut behauptet, will er mit diesen Worten offenbar nicht sagen. Von den Stellen, welche Wening in der Note zz anführt, enthält die letzte, das fr. 41., einen generellen Satz, nämlich den Satz: in re obscura melius est favere repetitioni quam adventitio lucro. Die übrigen reden von speciellen Fällen. Das fr. 14. sagt: wenn eine mir legirte Sache vor Antretung der Erbschaft Behufs der Beerdigung des Erblassers verkauft worden ist, und die Erbschaft kein reines Vermögen mehr enthält, so bekomme ich nichts, namentlich darf mir der Käufer die fragliche Sache vorenthalten. Die c. 8. verordnet: gewisse Descendenten sollen im Falle der clausula codicillaris das jus variandi haben, welches andere Personen bekanntlich nicht haben. Die c. 22. endlich enthält den bekannten Satz, daß im Falle des beneficii inventarii die Legatare gegen die Erbschaftsgläubiger zurückstehen müssen.

---

113) fr. 34. pr. D. de minorib. (4. 4.).

Was beweisen nun aber diese Stellen für die Thibaut'sche Regel? — Das von Wening angeführte allgemein redende fr. 41. redet offenbar nicht von Fällen, wo zwei Rechte mit einander collidiren, sondern von Fällen, wo es aus irgend einem Grunde zweifelhaft ist, ob Jemand das, was er von einem andern erhalten, umsonst behalten dürfe, oder nicht. Auch die von Wening angeführten drei Stellen über specielle Fälle reden gar nicht von collidirenden Rechten. Das fr. 14. geht von dem Satze aus, daß Niemand durch Vermächtnisse weiter onerirt werden kann, als das reine Vermögen reicht, womit er honorirt ist, und von dem weiteren Satze, daß die Last der Beerdigung als eine Erbschaftsschuld anzusehen ist. Nach diesen Sätzen erscheint in dem fraglichen Falle mein Legat als ungültig. Ich kann also kein Recht daraus ableiten, welches mit den Rechten Anderer in Collision kommen könnte. Eben so verhält es sich in dem Falle, wovon die c. 22. spricht, wie ich an einem anderen Orte [114]) gezeigt habe. Ja, wäre hier auch wirklich von collidirenden Rechten die Rede, so könnte man doch nicht sagen, der de damno vitando Streitende habe als solcher den Vorzug. Es hat ihn ja auch derjenige Erbschaftsgläubiger, der seine Forderung aus einer Schenkung ableitet, und dieser streitet denn doch de lucro captando. Die Veranlassung dazu, daß Wening diese Stelle hier anführt, aber gewiß keine Rechtfertigung dafür, ist zu suchen in der Phrase Theodosens, welche die ratio legis angeben soll, nämlich in den Worten: non enim par eademque ratio videtur, admittere debita, et lucra (non) capere; — Worte, die wohl keines Commentars bedürfen. Es bleibt also nur noch die Frage übrig, wie man die von Thibaut angeführte Stelle über das Darlehn auffassen muß. Ich behaupte: auch diese Stelle redet, so weit sie hierher gezogen wird, nicht von collidirenden Rechten, und kann folglich nichts hierher gehöriges enthalten. Ich sehe die Sache so an:

---

[114]) Archiv f. d. civ. Prax. B. 12. H. 2. S. 234. fgg.

Der Geber des Darlehns kann gegen den Nachtheil, den es ihm wegen des Senatusconsulti Macedoniani bringt, ex capite minoris aetatis Restitution verlangen [115]. Will der Empfänger einen Anspruch auf Restitution erheben, der dann mit dem des Gebers in Collision kommen würde, so muß er nicht blos minderjährig, sondern auch lädirt seyn. Ohne Läsion keine Restitution. Er ist aber nicht lädirt, soweit er durch das Darlehn noch bereichert ist. Es fehlt ihm mithin in soweit an einer der wesentlichsten Voraussetzungen zur Restitution. Er hat also, soweit die Bereicherung geht, durchaus keinen Anspruch auf Restitution, der mit dem Anspruch des Gebers in Collision kommen könnte. — Sind die von mir aufgestellten Behauptungen richtig, so ist der in Frage stehende Thibaut'sche Vorzug nicht nur als allgemeine Regel ungegründet, sondern es gibt auch nicht einmal einen einzelnen Fall, in welchem er nach den Gesetzen anzunehmen ist.

Statt Desjenigen, was Wening als fünfte Regel gibt, stellt Thibaut über die directe Collision noch zwei Behauptungen auf. Er sagt: wenn bei einer directen Collision keiner von den bisher angegebenen Vorzugsgründen eintritt, der eine Theil aber sich in der Lage befindet, auf welche er vermöge seines Rechts Anspruch zu machen befugt ist, so ist dieser Theil zu schützen; ist aber kein Theil in dieser Lage, so tritt das ein, was statt finden würde, wenn beide Rechte nicht existirten.

Die erste Behauptung, der Vorzug Desjenigen, der sich in der Lage befindet, auf welche er einen mit dem Rechte seines Gegners direct collidirenden Anspruch hat, ist offenbar in dem römischen Rechte gegründet. Wenn sich auch darüber streiten läßt, ob die dritte von den Stellen, welche Wening in der Note aa anführt, hierher gehört oder nicht, so liegt in den beiden ersten dort citirten Stellen der klare Beweis,

---

115) fr. 11. §. 7. D. de minorib. (4. 4.).

daß Ulpian und Paulus bei Erörterung einzelner Collisionsfälle von der fraglichen Regel ausgingen, und ihre hier kundgegebene Ansicht ist, wenn sie es nicht schon vorher gewesen seyn sollte, auf jeden Fall durch Aufnahme in die Pandekten zur gesetzlichen geworden.

Die andere von Thibaut aufgestellte Regel läßt Wening deswegen nicht gelten, weil er sie für überflüssig hält, indem er von der Voraussetzung ausgeht, es gebe keinen Fall einer directen Collision, wo nicht ein Theil in der Lage sich befindet, auf die ihm sein Recht Anspruch gibt. Diese Voraussetzung ist aber unrichtig. Ein solcher Fall tritt z. B. ein, wenn zwischen zwei personae miserabiles ein Proceß entsteht, welchen die eine von dem unteren, die andere von einem höheren, oder die eine von dem mittleren, die andere von dem höchsten Gerichte entschieden haben will. Jeder Theil hätte nämlich nach einer gemeinen Gewohnheit die Wahl zwischen diesen Gerichten, wenn nicht der Gegentheil in gleicher Lage wäre. Ueber solche Fälle fehlt es nun an einer ausdrücklich ausgesprochenen Norm.

Thibaut behauptet, wie gesagt, es werde hier so gehalten, wie wenn die collidirenden Rechte gar nicht existirten. Wäre diese Behauptung richtig, so müßte in dem beispielsweise angeführten Falle der Unterrichter, als derjenige, welcher competent wäre, wenn kein Theil ein Privilegium hätte, angegangen werden, mag dies der Kläger wollen, oder der Beklagte oder — keiner von beiden. Dieser Behauptung kann ich aber nicht beistimmen. Ich meine, so lange wir keine besondere Gründe für etwas anderes haben, müsse man bei solchen völlig gleichen widersprechenden Ansprüchen das Loos entscheiden lassen, welcher zur Ausübung kommen soll. Von dieser Ansicht gingen offenbar die römischen Juristen aus, wenn sie ohne bestimmtes Gesetz den Satz aufstellten: wenn eine Theilungsklage gleichzeitig von beiden Parteien angestellt werde, so entscheide das Loos, welcher Theil als Kläger und welcher als Beklagter auftreten solle. Auch möchten die Gründe, die man für das gegenseitige Aufreiben der collidirenden gleichen Rechte an-

führt, dasselbe nicht beweisen. Daß die Pandektenstellen [116]) nicht beweisen, auf die man sich berufen hat, zeigt schon Thibaut nach. Wenn sich Thibaut auf das bekannte Naturgesetz beruft, daß sich zwei gleiche Kräfte gegenseitig unwirksam machen; so kann ich mich schon des Gedankens nicht erwehren, daß zwei gleich gute Fechter, die einander gegenüber stehen, nicht immer mit so heiler Haut davon kommen, wie man nach dieser Regel erwarten sollte, hauptsächlich aber ist es mir sehr zweifelhaft, ob man von dem Kampfe der Naturkräfte auf den Kampf der gegenseitigen Rechte einen sicheren Schluß machen kann. Endlich sehe ich auch die Bestimmungen des römischen Rechts, welche Thibaut als Anwendungen jenes Naturgesetzes ansieht, und welche er auf unseren Fall analog angewendet wissen will, ganz anders an. Was vor Allem die Compensation betrifft, so ist hier durchaus keine Collision vorhanden. Es könnten recht gut beide Rechte ausgeübt werden. Auch würde dieses gar oft nicht zu demselben Resultate führen, als wenn in Folge der Compensation beide so zu sagen unausgeübt bleiben. Aber Derjenige, von welchem die Bezahlung auf dem Rechtswege verlangt wird, kann sagen: wenn der Gegner bezahlte, was er mir schuldig ist, so könnte ich ihn mit dem Empfangenen befriedigen; und deswegen setzten die Römer fest, daß jener das Seinige in der Regel kurzer Hand solle behalten dürfen. Daß die Römer den Fall der Compensation nicht als einen Collisionsfall ansehen, der unter vernünftigen Wesen nur so und nicht anders entschieden werden könne, sehen wir daran, daß die Compensation nur allmählig aufgekommen ist, und daß es noch im Justinianeischen Rechte Ausnahmsfälle gibt, in welchen sie, obgleich die positiven Voraussetzungen eintreten, doch nicht verlangt werden kann. Was die gleichzeitige mora des Gläubigers und des Schuldners anbelangt, so ist darüber großer Streit. So viel möchte aber jetzt [117]) außer

[116]) fr. 11. §. 6. fr. 34. pr. D. de minorib. (4. 4.).

[117]) Meine Abh. im Archiv f. d. civ. Prax. B. 10. H. 1. S. 155. fgg. Hepp in der Tüb. crit. Zeitschr. für RW. B. 4. H. 1. S. 51. fgg.

Zweifel seyn, daß die Stelle [118]), worauf sich Thibaut beruft, durchaus nicht sagt, die mora solle sich hier gegenseitig aufheben. Und wenn dies auch der Sinn der Stelle wäre, so würde sie doch nicht hierher gehören, weil man in dem fraglichen Falle wohl nicht mit Sicherheit von gleichen Kräften oder gar von gleichen Rechten sprechen kann, die einander gegenüber stehen. Was endlich den Fall des gegenseitigen Betrugs betrifft, so finde ich nicht, daß hier ein Betrug die juristische Wirkung des andern immer aufhöbe. Wenn es sich um die actio de dolo handelt, so ist dieses freilich der Fall. Kein Theil kann diese Klage gegen den andern anstellen [119]). Das Geschäft wird also aufrecht erhalten, wie wenn kein dolus begangen worden wäre. Wenn aber das Geschäft bonae fidei ist, z. B. ein Kauf, so sagen die Pandekten [120]), es werde nichtig. Hier reibt also nicht ein dolus die juristische Wirkung des andern, sondern beide zusammen heben die Wirkung des Geschäfts auf.

Was Wening als sechste Regel aufstellt, das bezieht sich nur auf die indirecte Collision. Von dieser behauptet nämlich Thibaut: Wenn hier nicht Specialität oder eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift einen Vorzug begründet, so geht zunächst Der vor, welcher vor dem Andern in den Besitz Desjenigen gekommen ist, worauf beide Anspruch haben; ist Keiner in dem Besitz, so wird das Object wo möglich getheilt; und ist es untheilbar, so vernichten sich die beiden Ansprüche gegenseitig, es müßte denn der bestimmte Wille des Gesetzgebers seyn, daß der eine zur Ausübung kommen soll, in welchem Falle das Loos zu entscheiden hätte.

Nach dieser Thibaut'schen Ansicht tritt zwischen der directen und der indirecten Collision die wichtige Verschiedenheit ein, daß bei dieser, nicht aber auch bei jener, bevor zu dem letzten in den Gesetzen nicht ausdrücklich bestimmten

118) fr. 51. D. de peric. et comm. rei vend. (18. 6.).

119) fr. 36. D. de dolo malo (4. 3.).

120) fr. 57. D. de contr. emt. (18. 1)

Mittel geschritten werden darf, der Gegenstand wo möglich getheilt werden muß. Und hiergegen läßt sich nichts einwenden. — Auch das läßt sich nicht läugnen, daß es, wie auch Wening annimmt, manche Fälle einer indirecten Collision gibt, in welchen nicht zur Theilung geschritten zu werden braucht, weil der Besitz oder die Prävention entscheidet. Daß aber dieser Umstand bei der indirecten Collision allgemein einen Vorzug begründe, wie Thibaut behauptet, davon kann ich mich nicht überzeugen. Auf jeden Fall führt Derselbe zum Beweis seiner Regel unter anderen speciellen Aeußerungen des Corpus Juris auch solche an, die gar keine wahre Collision von Rechten betreffen. Namentlich gilt dieses von dem Falle, wenn Jemand seine Sache zweimal verkauft oder verschenkt, und sie dem einen Käufer oder Donatar oder beiden nacheinander tradirt. Tradirt er sie nur einem, so hört dessen Forderung auf, und kann also nicht mehr mit der des anderen in Collision kommen; und tradirt er sie nachher auch dem anderen, so daß sie über das Eigenthum miteinander in Streit kommen, so siegt freilich in der Regel Derjenige, dem sie zuerst übergeben worden, aber blos deswegen, weil nur ihm das Eigenthum zusteht, so daß nicht ein Eigenthum des anderen mit dem seinigen in Collision kommen kann. — Ganz muß ich mich aber wieder gegen Thibaut erklären, wenn er auch bei der indirecten Collision, falls kein anderes Mittel zu ihrer Lösung vorhanden ist, in der Regel gegenseitige Vernichtung der collidirenden Rechte und nur ausnahmsweise Entscheidung durch das Loos annimmt. Es scheint mir hier gegen die Thibaut'sche Regel und für die regelmäßige Entscheidung durch das Loos Dasselbe zu sprechen, was ich auch bei der directen Collision für entscheidend halte; außerdem aber halte ich hier die Annahme einer gegenseitigen Vernichtung deswegen für besonders unnatürlich, weil ein Dritter, der kein Recht hat, den Vortheil von derselben ziehen würde. Freilich scheint hier eine Pandektenstelle [121]) für Thibaut zu sprechen. Sie sagt

[121]) fr. 42. 43. D. de hered. instit. (28. 5.).

nämlich: wenn der insolvente Erblasser gegen die lex Aelia Sentia zwei Sclaven im Testamente freilasse und zu Erben ernenne, auch keiner von ihnen sterbe, so komme keiner zur Freiheit, weil sie sich gegenseitig im Wege stehen. Genau genommen möchte aber diese Stelle nicht hierher gehören. Die lex macht von der Regel, daß ein Insolventer keine Freilassung gültig vornehmen kann, nur für den Fall eine Ausnahme, wenn er im Testamente einen Sclaven freiläßt und zum Erben einsetzt. Läßt er also zwei frei und setzt sie zu Erben ein, so tritt nicht die Ausnahme sondern die Regel der lex ein, und man kann es als eine besondere Milde ansehen, daß die Pandekten den Ausnahmsfall annehmen, wenn der eine der beiden Sclaven noch vor dem Erblasser stirbt. Mit anderen Worten: es handelt sich hier nicht um eine Collision von Rechten, indem nach der richtigen Interpretation der lex Aelia Sentia keiner der beiden Sclaven ein Recht hat.

Drittes Kapitel.

Von der Verfolgung und Schützung der Rechte.

I. Einleitung aus der Geschichte des römischen Civilprocesses [122].

Die Civilstreitigkeiten wurden bis auf Diocletian gewöhnlich nicht von der mit der Civiljurisdiction bekleideten Obrigkeit selbst entschieden, sondern vor dieser (in jure) pflegte er blos eingeleitet zu werden, um dann von anderen Personen (in judicio), meistens einem Einzelnen, unus judex oder judex ohne Zusatz genannt, zu Ende geführt

[122]) Die Literatur des römischen Processes wird in der inneren Rechtsgeschichte angegeben. Hier will ich nur aufmerksam machen auf: Sigm. Wilh. Zimmern Geschichte des röm. Privatrechts B. 3. Heidelb. 1829. 8. Unter den Quellen ist für die ältere Zeit hauptsächlich das vierte Buch der Institutionen von Gajus zu nennen.

und entschieden zu werden [123]). Das Verfahren erhielt seine bestimmte Richtung natürlich durch die Art, wie es eingeleitet wurde. Dieses geschah in den älteren Zeiten per legis actionem, und später, seit einer lex Aebutia, wie Gajus sagt, und zwei leges Juliae, gewöhnlich per formulam. Dort wurden feierliche, häufig symbolische, Handlungen von den streitenden Theilen und von der Obrigkeit vorgenommen, und namentlich gewisse Formeln, die dem Worte des Gesetzes ängstlich angepaßt waren, mündlich hergesagt; hier dagegen trugen beide Partheien die Sache, soweit sie vor die Obrigkeit gehörte, einfach vor, und diese gab dann bei Niedersetzung des judex oder der recuperatores diesen eine kurze schriftliche Instruction, welche technisch formula hieß [124]).

Die Einleitung des Verfahrens per legis actionem war nicht immer dieselbe [125]). Die gewöhnlichste legis actio war die sacramenti actio [126]). Das Wesentliche bestand hier darin, daß jede Parthei eine Summe Geldes hinterlegte oder versprach, die sie an eine öffentliche Kasse verlohr, wenn es sich zeigte, daß sie Unrecht hatte; so daß denn der Proceß allem Anschein nach zunächst nur die Frage betraf, welcher Theil sein sacramentum zu verlieren und welcher das seinige zurückzunehmen habe. Die sacramenti actio kam namentlich auch vor, wenn über Eigenthum und ähnliche Rechte gestritten wurde. Hier gingen der Hinterlegung des sacramenti mehrere feierliche, zum Theile symbolische, Handlungen [127]) voraus, wovon die wichtigste vindicatio hieß — ein Ausdruck, der in einer unten zu erwähnenden, etwas modificirten, Bedeutung auch noch im Corpus Juris vorkommt. Die ausnahmsweise anwendbaren legis actiones waren: die condictio, die judicis postulatio und die manus in-

123) Zimmern §. 1. 8. fgg. Ein per legis actionem eingeleiteter Proceß kam übrigens auch häufig vor das judicium centumvirale, und per formulam wurde auch bei den recuperatores processirt.

124) Gaj. IV. §. 11. §. 30. sqq. Zimmern §. 38.

125) Gaj. IV. §. 12.

126) Gaj. IV. §. 13. sqq. Zimmern §. 38—41.

127) Gaj. §.16. 17. Zimmern §. 39—41.

jectio [128]). In einigen Fällen ging dem gerichtlichen Verfahren eine feierliche außergerichtliche pignoris capio voraus, welche einige römische Juristen auch zu den legis actiones zählten [129]). Von diesen außerordentlichen Processen ist hier nur Folgendes zu bemerken. Sie scheinen sämmtlich bei Schuldforderungen vorgekommen zu seyn. Die condicto [130]), von welcher gewisse Klagen noch im Corpus Juris condictiones heißen, war eine vor der Obrigkeit geschehende feierliche Aufforderung des Beklagten durch den Kläger, innerhalb dreißig Tagen zu bezahlen, oder am dreißigsten Tage ad judicem capiendum mit dem Kläger wieder vor der Obrigkeit zu erscheinen. Sie kam nur bei Forderungen auf eine certa res vor. Die Stelle bei Gajus über die judicis postulatio [131]) kann man nicht lesen. Die manus injectio [132]) als legis actio war zunächst für das Executionsverfahren eingeführt, und setzte also eine bereits erfolgte Verurtheilung des Beklagten voraus. In gewissen besonders begünstigten Schuldsachen konnte sie aber auch ohne vorausgegangenes Urtheil gebraucht werden. Auch die pignoris capio [133]) war nur bei einigen besonders begünstigten Forderungen zuläßig.

Wenn per formulam processirt werden sollte, so hatte das Verfahren in jure lediglich den Zweck, daß festgesetzt werde, ob ein judex (respée recuperatores) niedergesetzt werden soll, und was in die formula kommen soll. Es endigte sich also regelmäßig entweder mit Versagung der formula (denegare actionem) oder mit Ausstellung derselben [134]). — Eine formula hatte gewöhnlich drei Hauptbestandtheile [135]). Zuerst wird der judex ernannt, und zwar natürlich unter Bezeichnung des Betreffs. Dies ist die demonstratio [136]). Sodann

---

128) Gaj. §. 12. 13.

129) Gaj. §. 12. 13. 26. sqq.

130) Gaj. §. 18 — 20. Zimmern §. 43.

131) Gaj. §. 17. in f. Zimmern §. 42.

132) Gaj. §. 21 — 25. Zimmern §. 44 — 47.

133) Gaj. §. 26 — 29. Zimmern §. 48.

134) Zimmern §. 49.

135) Gaj. §. 39. sqq. Zimmern §. 51 — 53.

136) Gaj. §. 40.

beginnt die eigentliche Instruction mit Angabe des Klagegrundes, und schließt mit Angabe dessen, wozu der Beklagte verurtheilt werden soll, und mit dem Auftrag ihn zu absolviren, wenn der angegebene Klagegrund nicht bewiesen wird. Die eigentliche Instruction besteht im Ganzen aus einer Periode. Der Klagegrund wird in einem bedingenden Vordersatze angegeben, welcher intentio heißt [137]). Der Auftrag zu verurtheilen folgt in einem auf diese Weise bedingten Nachsatze, wozu noch die Worte: si non paret, absolve, kommen. Und dieser Theil heißt condemnatio [138]). — Als Klagegrund (intentio) wird bald ein Rechtsverhältniß angegeben, z. B. Eigenthum, Erbrecht, Schuldforderung, bald nur eine Thatsache, z. B. eine Handlung, wodurch Schaden angerichtet worden seyn soll, in jus vocatio des Patrons oder eines Ascendenten gegen das prätorische Edict. Dort heißt die Formel: formula in jus concepta; hier heißt sie: in factum concepta [139]). Zuweilen ging die formula nicht dahin, daß der judex verurtheilen oder absolviren, sondern nur dahin, daß er eine Vorfrage für einen anderen, späteren Proceß, vielleicht für mehrere, entscheiden soll. Hier fehlte also die dritte pars formulae, die condemnatio, und vielleicht auch diejenige, welche sonst die erste ist, die demonstratio. Das Verfahren, welches durch eine solche formula herbeigeführt wurde, hieß praejudicium im Gegensatze von dem eigentlichen judicium, wobei dem judex die condemnandi vel absolvendi potestas gegeben war [140]). Bei dem letzteren kam nur in wenigen Fällen eine vierte pars formulae vor, adjudicatio genannt [141]). Davon unten gelegenheitlich. Eben so von den Nebentheilen, adjectiones s. clausulae, die zuweilen zu den angeführten Haupttheilen, meistens auf Verlangen einer Parthei, hinzugefügt wurden, z. B. exceptiones [142]) und praescriptiones [143]). Als

---

137) Gaj. §. 41.

138) Gaj. §. 43.

139) Gaj. §. 45 — 47. Zimmern §. 51. im A.

140) Gaj. §. 44. Zimmern §. 53. 69.

141) Gaj. §. 42.

142) Gaj. §. 115. sqq. Zimmern §. 91. fgg.

143) Gaj. §. 130. sqq. Zimmern. §. 96. 97.

ein besonderes Mittel die Niedersetzung eines judex wo möglich zu vermeiden, gebrauchte der Prätor in einigen Fällen die interdicta [144]), d. h. bedingte Befehle an den Beklagten oder an beide Partheien, die auf den einseitigen Vortrag des Klägers erlassen wurden. Kam es hier noch zu einem weiteren Streit, so wurde eine formula ausgestellt, worin auf das interdictum verwiesen wurde.

Das Verfahren per formulam war in der mittleren Periode, nämlich von den oben erwähnten leges an bis auf Diocletian, zwar das gewöhnliche, aber nicht das einzige. Zuweilen kam nämlich auch noch jetzt eine legis actio vor [145]), und in gewissen Fällen wurde jetzt schon der Proceß vor der Obrigkeit allein geführt, und von ihr selbst entschieden, wo er denn extraordinaria cognitio hieß [146]).

Seit Diocletian hört das Verfahren per legis actionem ganz auf, und bei dem Verfahren per formulam hat die Obrigkeit nach ihren bisherigen Functionen auch die des judex zu versehen [147]). In den Fällen, wo früher Interdicte gegeben wurden, findet jetzt eine extraordinaria cognitio Statt [148]).

Unter Constantins Söhnen kam das Verfahren per formulam wörtlich genommen ganz ab. Man fertigte nämlich keine formula mehr aus, wie bisher, die als eine Zwischen-

---

[144]) Gaj. §. 138. sqq. Zimmern §. 71. fgg.

[145]) Gaj. §. 31. Zimmern §. 33. Besonders gehören die Sachen hierher, die noch an das Centumviralgericht kommen. Mit den wirklichen legis actiones darf man aber nicht verwechseln die actiones, quae ad legis actionem exprimuntur, welchen die actiones quae sua vi ac potestate constant, entgegen gesetzt werden. Gaj. §. 10. 32. 33.

[146]) Tit. Dig. de extraord. cognit. (50. 13.). Zimmern §. 75. 142.

[147]) Diocletian verordnet dieses freilich nur für die Provinzen. c. 2. C. de ped. jud. (3. 3.). Aber schon Constantin hebt bekanntlich den alten Gegensatz zwischen Rom, Italien und Provinzen in Beziehung auf die Verwaltung ganz auf. Und jedenfalls wurde Diocletians Aenderung bald allgemein. Auch heißt es im Corpus Juris ganz allgemein: hodie extra ordinem jus dicitur. S. z. B. c. 3. C. de interd. (8. I.). Zimmern §. 89.

[148]) §. ult. I. de interd. (4. 15.); Rubr. D. de interd. sive extraord. actionib. quae pro his competunt (43. 1.); c. 3. C. de interd. (8. 1.); c. 17. C. de A. E. (4. 49.); c. 2. 4. C. unde vi (8. 4.). Zimmern §. 30.

bescheid zu den Acten genommen wurde [149]). Aber das Verfahren war in den Fällen, wo früher eine formula vorkam, immer noch das alte [150]). Der Proceß zerfiel nämlich nach wie vor in zwei Abschnitte, in das Verfahren in jure und in das Verfahren in judicio. Die Frage: was gehört in jenes, was in dieses Verfahren? war noch ganz eben so zu beantworten, wie früher, und die Obrigkeit hatte sich in dem zweiten Verfahren immer noch an das zu halten, was sie im ersten Verfahren in die formula gebracht haben würde, wenn diese noch ausgefertigt worden wäre.

II. Von den Klagen.

A. Begriff.

Mit den deutschen Ausdrücken gerichtliche Klage und Klage ohne Zusatz bezeichnet man den ersten Vortrag der angreifenden Parthei bei dem Gerichte, welcher mit dem Antrage verbunden ist, daß dieses eine bisher von der Gegenparthei nicht respectirtes Recht für vorhanden, oder ein von dieser angemaßtes Recht für nicht vorhanden erklären möge. Von diesem Vortrag heißt die angreifende Parthei Kläger und die angegriffene Beklagter.

Das Wort actio bezeichnet in der weiteren juristischen Bedeutung nicht blos die gerichtliche Klage, sondern jedes Vorbringen einer Parthei in einem Processe [151]). Häufiger wird es aber nur für die eigentliche Klage [152]) gebraucht; so wie denn auch der Name actor vorzugsweise von dem Kläger gebraucht wird [153]). Zur Zeit der formulae wurden diejenigen Klagen vorzugsweise actiones genannt, welche ein Verfahren per legis actionem oder ein gewöhnliches Verfahren

---

149) c. 1. C. de formulis et impetrationibus actionum sublatis (2. 58.).

150) Zimmern §. 89. 90. 143. fgg.

151) fr. 1. D. de exceptionibus (44. 1.). Auch die Bedeutung von legis actio, und der Sinn, in welchem man von einer in judicio vorkommenden prima, secunda etc. actio sprach, dient zum Beleg dieser Behauptung.

152) fr. 37. D. de O. et A. (44. 7.). pr. I. de actionib. (4. 6.).

153) S. z. B. Gaj. §. 119.

per formulam herbeiführten, also kein Interdictsverfahren und keine extraordinaria cognitio [154]). Die Klage, wodurch die letztere verlangt wurde, hieß persecutio [155]). Diese Terminologie hat aus nahe liegenden Ursachen auch noch in das Corpus Juris Eingang gefunden. Eben so die folgende. In einem noch engeren Sinne bezeichnet actio nur die Klage, wodurch ein eigentliches judicium, nicht ein bloßes praejudicium, herbeigeführt werden soll [156]). Die praejudiciales actiones [157]) sind also keine actiones in dieser engeren Bedeutung. Zuweilen verstehen die Römer unter actiones nur die actiones in personam [158]), und schließen also auch die actiones in rem von diesem Begriffe aus. Von diesem Gegensatze wird unter B. die Rede seyn. Diese Bedeutung von actio ist die engste.

In dem Bisherigen habe ich das Wort actio wie das Wort Klage immer nur von Handlungen gebraucht; und so wurde es ursprünglich sicher immer gebraucht. Allein durch die Ausdrücke: competit mihi actio, datur mihi actio etc. kamen die Römer auf den Gedanken, die actio als das Recht zu definiren, eine solche Handlung vorzunehmen [159]), was denn namentlich auch in Justinians Institutionen geschieht [160]).

B. Eintheilungen.

Hiervon handelt Wening im §. 39. unter neun Nummern. Zu einigen derselben habe ich Bemerkungen zu machen.

Der bei der ersten Eintheilung erwähnte technische Ausdruck: condictio ex lege, ist, wie auch der angeführte Glück heraushebt, nur für persönliche Klagen der angegebenen Art zu gebrauchen. Denn einmal wird das Wort

---

[154]) fr. 39. D. de procuratorib. (3. 3.); fr. 28. D. de O. et A. (44. 7.).

[155]) fr. 28. cit.

[156]) fr. 35. §. 2. D. de procur. (3. 3.).

[157]) Gaj. IV. §. 44.; §. 13. I. de actionib. (4. 6.); Theoph. ad h. l.

[158]) fr. 28. D. de. O. et A. (44. 7.).

[159]) fr. 51. D. de O. et A. (44. 7.).

[160]) pr. I. de actionib. (4. 6.).

condictio überhaupt von keiner nicht persönlichen Klage gebraucht; dann sagt die angeführte Pandektenstelle ausdrücklich: „Si obligatio lege nova introducta sit"; und endlich sind die einzelnen Klagen, für welche der Ausdruck im Corpus Juris speciell vorkommt, sämmtlich actiones in personam [161]. Es ist daher z. B. unpassend, wenn man von einer condictio ex Nov. 18. cap. 1. oder von einer condictio ex Nov. 115. cap. 3. et 4. spricht. Der ursprüngliche Sinn des angeführten Fragments möchte der seyn: in Fällen der fraglichen Art soll eine formula in jus concepta wie bei einer anderen condictio ausgefertigt, und darin der judex, damit der Klagegrund vollständig angegeben sey, auf die lex nova ausdrücklich verwiesen werden.

Bei der zweiten Eintheilung nimmt Wening den Ausdruck fictitia actio für ganz gleichbedeutend mit utilis actio. Dies ist aber nicht richtig. Der erste Ausdruck bezeichnet die Eigenthümlichkeit mancher formulae, daß der judex angewiesen wird, so zu entscheiden, wie er entscheiden müßte, wenn ein gewisses, jedesmal genau bezeichnetes, Factum Statt gefunden hätte, welches nicht Statt gefunden hat, oder wenn ein Factum nicht Statt gefunden hätte, welches Statt gefunden hat. Es gab formulae fictitiae, die nicht für utiles sondern für directae actiones eingeführt waren, nämlich die formulae, quae ad legis ectionem exprimuntur, d. h. diejenigen, wodurch der judex angewiesen wird, so zu entscheiden, wie er zu entscheiden hätte, wenn der Proceß durch eine gewisse legis actio eingeleitet worden wäre, was nämlich nicht geschehen ist [162]. Die mehrsten fictitiae formulae sind freilich für utiles actiones erfunden. Der judex wird nämlich angewiesen, den Beklagten zu verurtheilen, wenn das zur actio directa erforderliche Rechtsverhältniß (z. B. das Eigenthum) vorhanden wäre, falls

---

[161]) §. 24. 25. I. de actionib. (4. 6.); fr. 28. D. ad leg. Jul. de adulteriis (48. 5.). Auch c. ult. §. 6. C. de jure delib. (6. 30.), worauf sich Lyncker anal. ad Pand. L. 13. T. 2. für das Gegentheil beruft, macht keine Ausnahme. Glück a. a. O.

[162]) Gaj. IV. §. 10. 32. 33.

nicht das und das positive oder negative Hinderniß einträte [163]). Wir haben aber nicht einmal einen Grund anzunehmen, daß für alle utiles actiones, d. h. für alle Klagen, die nach Analogie von anderen gegeben werden, solche formulae concipirt worden seyen; ja dieses ist gar nicht wahrscheinlich. — Der Ausdruck fictitia actio bezeichnet also etwas Veraltetes, und dann ist die Bedeutung desselben theils weiter theils enger als die des Ausdrucks utilis actio.

Die dritte Eintheilung, die in actiones in personam und in actiones in rem, wird in den Stellen, wo sie ex professo angegeben wird [164]), nur auf die actiones in jus conceptae mit condemnatio bezogen. Unter diesen heißt diejenige, deren intentio eine obligatio enthält, actio in personam; diejenige dagegen, deren intentio die Existenz oder Nichtexistenz eines dinglichen Rechts bezeichnet, diejenige, „qua intendimus aliquam rem (sey es eine res corporalis, oder eine Servitut, oder eine Erbschaft), nostram esse, vel adversarii non esse", heißt actio in rem. Hätte man diese Stellen wörtlich zu nehmen, so wären nicht nur die praejudiciales actiones, sondern auch die actiones in factum, die Interdictsklagen und die persecutiones von unserer Eintheilung ausgeschlossen. Auf diese Weise wird die Sache sogar in Justinians Institutionen [165]) noch angegeben, obgleich zu Justinians Zeit längst kein judex im alten Sinne und keine formula mehr vorkam, und eben deswegen auch die Besonderheiten der actiones in factum und der persecutiones fast ganz verwischt, und die Interdicte ganz weggefallen waren. Sieht man aber auf die Anwendung unserer Eintheilung auf einzelne Klagen, so findet man, daß die Römer sie schon zur Zeit der classischen Juristen viel weiter nahmen, daß sie dieselbe namentlich auch auf die persecutiones und auf die actiones in factum bezogen [166]), und daß sie die Interdictsklagen ihrem Wesen nach zu den acti-

[163]) Gaj. IV. §. 34—38.
[164]) Wening Note nn.
[165]) Wening a. a. O.
[166]) fr. 28. D. de O. et A. (44. 7.).

ones in personam zählten [167]). Man findet mit anderen Worten, daß jede Klage aus einer obligatio zu den actiones in personam, und jede Klage, wodurch ein Streit über die Existenz oder über die Wirksamkeit eines dinglichen Rechts herbeigeführt wird, zu den actiones in rem gezählt wird. Dieses zeigt sich auch in dem Institutionentitel: de actionibus, an einer Reihe von einzelnen Beispielen [168]).

Aber auch in diesem weiteren Sinne umfaßt unsere Eintheilung die actiones praejudiciales nicht, und diese müssen daher als eine besondere dritte Gattung von Klagen angesehen werden. Dies scheint nun im Widerspruch zu stehen mit der öfters in den Quellen vorkommenden Aeußerung, daß alle Klagen entweder actiones in personam oder actiones in rem seyen [169]). Aber diese Aeußerung erklärt sich leicht daraus, daß die praejudiciales actiones keine vollkommene actiones sind, so daß sie denn auch in den Quellen den eigentlichen actiones eben so entgegen gesetzt werden, wie die praejudicia den eigentlichen judicia [170]). Ein starker Grund gegen unsere Theorie scheint darin zu liegen, daß die Institutionen ausdrücklich sagen: praejudiciales actiones in rem esse videntur. Meine Ansicht über dieses Argument ist folgende. Die Stelle kann auf zweierlei Weise verstanden werden. Entweder hat sie den Sinn: die praejudiciales actiones haben als Klagen, die auch absolute Rechte betreffen, Aehnlichkeit mit den actiones in rem; oder sie hat den Sinn: die praejudiciales actiones gehören zu den in rem actiones, und dieser Ausdruck bezeichnet nichts Anderes als Klagen aus absoluten Rechten. Ist die Stelle auf die erste Weise zu verstehen, so spricht sie natürlich nicht gegen, sondern für unsere Theorie. Ist sie auf die letzte Weise zu verstehen; so führt hier Justinian eine neue Terminologie ein, die sich daraus erklärt, daß die Römer, wie die Stellen der Note n beweisen,

---

167) fr. 1. §. 3. D. de interd. (43. 1.)

168) §. 3. sqq. I. de actionib. (4. 6.)

169) Gaj. IV. §. 1.; §. 1. I. de actionib. (4. 6.).

170) fr. 35. §. 2. D. de procuratorib. (3 3.); fr. 37. D. de O. et A. (44. 7.).

den Ausdruck in rem auch abgesehen von den Klagen in einer weiten Bedeutung gebrauchen von Allem, was sich nicht auf eine bestimmte Person bezieht, sondern eine gewisse Allgemeinheit hat. Bei dieser neuen Terminologie darf man aber, wenn man sie annimmt, nicht vergessen, daß sie neu ist; man darf nicht vergessen, daß der Ausdruck in rem actio auch noch die angegebene engere Bedeutung hat, und daß er nicht nur in den Ueberresten der römischen juristischen Literatur außer dem Corpus Juris, sondern auch im Corpus Juris sonst überall nur in dieser engeren Bedeutung gebraucht wird.

Thibaut [171]) behauptet freilich, auch in dem älteren Rechte habe der Ausdruck die weitere Bedeutung schon gehabt. Er beruft sich darauf, daß vindicatio und actio in rem für gleich bedeutende Ausdrücke erklärt [127]), und die praejudiciales actiones zu den vindicationes gezählt werden [137]). Allein keine von diesen beiden Prämissen ist gegründet. Vindicationes heißen diejenigen Klagen, welche, wenn der Proceß durch eine legis actio eingeleitet wurde, vermittelst der bekannten Vindicationsfeierlichkeit angebracht wurden. Dieß war nun nicht blos bei denjenigen im alten Civilrecht gegründeten Klagen, welche nach unserer Behauptung zu den actiones in rem gehören, der Fall, nämlich bei der Eigenthumsklage, bei den Servitutklagen und bei der Ebschaftsklage, sondern auch noch bei dem Freiheitsprocesse, mochte hier der angebliche Herr als Kläger erscheinen (vindicatio in servitutem), oder der angebliche Sclave (vindicatio in libertatem) [174]). Dieser Proceß war auch im Grunde eine besondere Art von Eigenthumsproceß, indem er die Frage betraf, ob der angebliche Sclave in dem Eigenthum der anderen Parthei stehe oder nicht. Seitdem man über alle diese

171) Wening §. 36. Note x. Thibaut's Pandekten-System, und Zusätze dazu, herausgeg. v. Braun, §. 61.

172) fr. 25. pr. D. de O. et A. (44. 7.).

173) fr. 12. pr. D. ad exhibend. (10. 4.); fr. 40. §. 1. D. de testam. mil. (29. 1.); fr 32. D. de liberali causa (40. 12.); verglichen mit §. 13. J. de actionib. (4. 6.).

174) Liv. III. c. 44. 45.

Dinge per formulam processiren konnte, trat, insoweit dieses wirklich geschah, eine verschiedene Behandlung ein, je nachdem der Proceß die Freiheit oder einen anderen von den angeführten Gegenständen betraf. Dort wurde der judex in der formula nur beauftragt, die Frage zu entscheiden, ob der angebliche Sclave wirklich der Sclave des anderen Theils sey, es fehlte also die dritte pars formulae, die condemnatio; der Proceß war eben deswegen ein bloßes praejudicium, die Klage eine bloße praejudicialis actio [175]). In den übrigen Fällen dagegen wurde eine formula mit einer condemnatio ausgestellt. Hier wurde in der intentio entweder geradezu die Behauptung des Klägers, rem suam esse, oder rem (servitutem) adversarii non esse, in Frage gestellt, wo denn der Ausdruck petitoria formula gebraucht wurde [176]), oder es wurde in jure eine Wette (sponsio) über die Richtigkeit oder Unrichtigkeit jener Behauptung angestellt, und die intentio betraf die Frage, welcher Theil durch diese Wette der Schuldner des anderen geworden sey [177]). Der Ausdruck vindicationes erhielt sich nun freilich für alle diese Klagen, und zwar um so mehr, als man auch noch auf die alte Weise, ohne formula, durch die sacramenti actio und mit der Vindicationsfeierlichkeit, den Proceß eröffnen konnte, was hier immer geschehen mußte, wenn die Sache nicht von einem judex, sondern von dem Centumviralgerichte, entschieden werden sollte [178]). Ob aber der Ausdruck actiones in rem, der sich erst bei dem Aufkommen der formula petitoria gebildet zu haben scheint, für alle Klagen, die vindicationes heißen, gebraucht wurde, auch für die Freiheitsklage, wobei keine petitoria, sondern nur eine praejudicialis formula zulässig war, ist wenigstens problematisch. Auf keinen Fall beweißt die von Thibaut dafür angeführte Stelle [179]), daß

---

175) §. 13. J. cit. Ob es wirklich zur Zeit der formulae so gewesen, darüber s. Zimmern a. a. O. §. 66.

176) Gaj. IV. §. 91. Zimmern §. 65.

177) Gaj. IV. §. 91. sqq. Zimmern §. 64.

178) Zimmern §. 35. 36.

179) fr. 25. cit.

wirklich jede vindicatio auch actio in rem heiße. Diese Stelle sagt nämlich, wörtlich genommen, nicht mehr, als: die actiones in rem heißen auch vindicationes. Wenn hiernach die eine von den Prämissen, worauf Thibaut seine Behauptung stützt, wenigstens promblematisch ist, so ist die andere sicher ungegründet, nämlich die, daß die actiones praejudiciales als solche zu den vindicationes gehören. Es ist in den Quellen, wie wir unten sehen werden, von acht verschiedenen praejudiciales actiones die Rede, und vier davon kommen noch im Corpus juris vor. Unter diesen ist außer der Klage auf und gegen die Freiheit keine, für welche der Ausdruck vindicatio passend gebraucht werden könnte. Auch kommt er in den Quellen für die übrigen nicht vor, eine Ausnahme abgerechnet, auf welche sich Thibaut auch beruft. Von demjenigen praejudicium, welches dem über die Freiheit am ähnlichsten ist, von dem praejudicium, an aliquis libertus sit, wird in einer Pandektenstelle [180]) der Ausdruck gebraucht: ex libertinitate in ingenuitatem vindicare. Allein er wird offenbar nur uneigentlich gebraucht. Die natürliche Veranlassung liegt darin, daß hier zugleich von der Freiheitsklage die Rede ist. Von dieser konnte man sagen: ex servitute in libertatem vindicare; und da fügte man denn, wenn auch nicht technisch, hinzu: aut ex libertinitate in ingenuitatem. Wenn man dieser Stelle recht viel Gewicht beilegen will, so kann man etwa sagen: außer den dem alten Civilrechte angehörenden Freiheitsklagen werden auch die dem prätorischen Rechte angehörenden Klagen für und gegen die Freigeborenheit vindicationes genannt; für die übrigen Präjudicialklagen aber würde der Ausdruck weder passen, noch wird er gebraucht. Wenn es also auch gegründet wäre, daß alle vindicationes den Namen actiones in rem führen, so dürfte man doch deswegen noch nicht die sämmtlichen praejudiciales actiones zu den actiones in rem zählen, weil diese bei weitem nicht alle zu den vindicationes gehören.

---

[180]) fr. 32. cit.

So viel über den Sinn der Eintheilung in actiones in rem und in personam. Hieran knüpft sich die Frage: ob es auch actiones mixtae gebe, d. h. Klagen, die zugleich dinglich und persönlich sind. Man könnte mit diesem Ausdruck die actiones in rem bezeichnen, so oft man auch einen Nebenzweck damit erreichen will. Denn dieser ist immer Geltendmachung einer Forderung, die durch Nichtanerkennung des streitigen dinglichen Rechts entstanden ist. Die Römer gebrauchen aber hier den Ausdruck actio in rem, gerade wie wenn der Nebenzweck nicht wäre. Dagegen streitet man darüber, ob nicht die Theilungsklagen und die hereditatis petitio zugleich dingliche und persönliche Klagen seyen. Diese Frage muß man aber verneinen, und mit Löhr in der angeführten Abhandlung die Theilungsklagen für rein persönliche, die Erbschaftsklage für eine rein dingliche Klage erklären. Die Theilungsklagen gehören ihrer Natur nach zu den rein persönlichen Klagen, indem sie keinen Streit über ein dingliches Recht herbeiführen, sondern die aus der anerkannten Gemeinschaft oder Quasigemeinschaft hervorgehende obligatio zur Theilung, zum Ersatz der Verwendungen, und zur Prästation der culpa geltend machen sollen. Auch werden sie in den Quellen [181]) ausdrücklich zu den actiones in personam gezählt. Diejenigen, welche sie für gemischte Klagen in dem in Frage stehenden Sinne erklären, berufen sich auf zwei Pandektenstellen [182]) und auf eine Institutionenstelle [183]). Die Pandektenstellen sagen aber weiter nichts, als: der Zweck dieser Klagen sey ein doppelter, nämlich Auseinandersetzung der Gemeinschaft und Prästationen. Und auch die Institutionenstelle hat gar nicht den Eintheilungsgrund, nach welchem die Klagen in persönliche und dingliche eingetheilt werden, im Auge, nämlich den Klagegrund, sondern lediglich den Erfolg der Klage. Nur in Beziehung auf diesen sagt sie: „mixtam causam habere videntur“; und es ist eine wahre

[181]) fr. 1. D. fin. regund. (10. 1.); c. 1. §. 1. C. de annali except. (7. 40.).

[182]) fr. 22. D. fam. herc. (10. 2.); fr. 4. §. 3. D. comm. divid. (10. 3.).

[183]) §. 20. J. de actionib. (4. 6.).

Gedankenlosigkeit, wenn sie hinzufügt: „tam in rem quam in personam“. Was die herditatis petitio betrifft, so ist petitio ein technischer Ausdruck für eine actio in rem [184]), und dann wird diese Klage auch ausdrücklich für eine actio in rem erklärt [185]). Die Meinung, daß sie eine actio mixta sey, stützt sich auf ein in den Codex aufgenommenes Rescript von Diocletian und Maximian [186]). Die Frage, auf welche hier geantwortet wird, ist die: ob die hereditatis petitio durch longi temporis praescriptio verlohren gehen könne. Diese Frage beantworten die Kaiser mit Nein, und als Grund geben sie an, daß es sich bei dieser Klage nicht blos um Eigenthum und jura in re aliena handle, sondern um eine ganze universitas, worin sich eben so gut auch Forderungen und Schulden befinden können. Dieser Grund wird etwas ungeschickt ausgedrückt mit den Worten: „cum mixtae personalis actionis ratio hoc respondere compellat“. Diese zufällige ungeschickte Aeußerung der beiden Kaiser, oder ihres Ministers oder Secretärs, ist aber natürlich nicht maßgebend für die römische Terminologie.

Unter der vierten Nummer handelt Wening von zwei Gegenständen.

Bei der Eintheilung, die er zuerst angibt, ist zu bemerken: Der Ausdruck poenales actiones wird in den Quellen zuweilen auch für Klagen gebraucht, welche nach der gewöhnlichen Terminologie zu den actiones mixtae gehören [187]). Der Ausdruck: actio, quae rei persecutionem continet oder habet, kommt auch in einem engeren Sinne vor, nämlich zur Bezeichnung derjenigen Klagen, wodurch das zurück verlangt werden soll, was der Beklagte aus dem Vermögen des Klägers noch in Händen hat, um was er, mit anderen Worten, noch bereichert ist [188]).

---

184) fr. 28. D. de O. et. A. (44. 7.).

185) Z. B. in fr. 27. §. 3. D. de R. V. (6. 1.).

186) c. 7. C. de petitione hereditatis. (3. 31.) Mit dieser Stelle ist zu vergleichen: fr. 25. §. 18. D. de H. P. (5. 3.).

187) §. 9. de lege Aquil. (4. 3.); fr. 23. §. 8. D. ad leg. Aquil. (9. 2.); fr. 2. §. 27. D. vi bonor. raptor. (47. 8.).

188) fr. 3. §. 1. D. de vi (43. 16.); fr. 3. §. 1. D. si quid in fraudem patroni (38. 5.).

Die Präjudicialklagen, wovon Wening hier auch redet, rühren aus der Zeit der formulae her. Mit Ausnahme des praejudicii, an aliquis liber sit, wovon oben schon die Rede war, sind sie sämmtlich rein prätorischrechtlichen Ursprungs [189]. Die Hauptstelle darüber in dem Corpus Juris, eine Institutionenstelle [190], gibt drei solche Klagen an, nämlich die bereits angeführte, dann die, per quam quaeritur, an aliquis libertus sit, und die actio de partu agnoscendo. Sonst wird meines Wissens im ganzen Corpus Juris nur noch eine angegeben, nämlich diejenige, welche die Frage betrifft: an bona actoris jure venierint [191]. Gajus führt in seiner Hauptstelle [192] über diese Klagen, neben zwei von den in Justinians Institutionen vorkommenden Beispielen, als ein drittes das praejudicium, quanta dos sit, an, und an einem anderen Orte [193] spricht er von einem praejudicium, welches sich auf eine Bürgschaft bezieht, nämlich auf das praejudicium, quo quaeritur, an ex lege ..... [194] praedictum sit. Auch scheint Paulus in den sententiae receptae [195] von zwei Präjudicien in unserem Sinne zu sprechen, wovon sich wenigstens das eine auf das testamentarische Erbrecht bezieht, und das andere bezeichnet wird als praejudicium, quo quaeritur, an ea res, de qua agitur, major sit centum sestertiis. Die vier zuletzt erwähnten Fälle gehören freilich nur der Rechtsgeschichte an. Indessen dient doch das, was wir von ihnen wissen, zum Beweis des Satzes, daß die Präjudicialklagen nicht von jeher immer absolute Rechte betrafen, und zur Bestätigung des schon aus den Pandekten sich ergebenden Satzes, daß sie am allerwenigsten sich, wie man oft sagt, nur auf Status- und Familienverhältnisse beziehen. Die Behauptung Wenings, daß sie nur streitige Thatsachen, nicht Rechtsverhält-

---

189) Gaj. IV. §. 44.; §. 13. J. de actionib. (4. 6.).

190) §. 13. cit.

191) fr. 30. D. de reb. auctorit. judic. possidend. (42. 5.).

192) §. 44. cit.

193) Gaj. III. §. 123.

194) Den Namen der lex kann man in dem Veronesischen Manuscript nicht lesen. Verschiedene Hypothesen findet man in der Berliner Ausgabe.

195) Pauli S. R. L. 5. T. 9. §. 1.

nisse betreffen, wird widerlegt durch die praejudicia, quibus quaeritur, an aliquis liber vel libertus sit.

Die Zahl der unter der fünften Nummer erwähnten actiones duplices s. mixtae ist nicht groß. Es gehören dazu nur die interdicta retinendae possessionis und die Theilungsklagen.

Die Eintheilung, welche im Lehrbuch als die sechste dasteht, beschränkt sich auf die persönlichen Klagen. Die actiones directae bilden die Regel, die contrariae kommen bei einseitigen contractus und quasicontractus bonae fidei vor, als Klagen aus Gegenforderungen Desjenigen, der zunächst nur verpflichtet werden sollte, entstanden durch Verwendungen oder culpa [196]). Sie kommen namentlich vor bei dem mandatum, bei allen genannten Realcontracten mit Ausnahme des mutui, bei der negotiorum gestio, bei der tutela und bei der curatio. Wir werden sie unten im Obligationen- und Familienrechte einzeln näher kennen lernen.

Von dem unter der neunten Nummer erwähnten Unterschiede zwischen actiones stricti juris und actiones bonae fidei muß ich im speciellen Theile im Obligationenrechte, wohin er eigentlich gehört, noch weiter reden. Dagegen die arbitrariae actiones gehören schon hierher [197]). Dieser Ausdruck bezeichnet die Eigenheit mancher Klagen, daß der Richter, wenn er findet, daß das Recht auf der Seite des Klägers ist, vor dem eigentlichen Urtheile, ein arbitrium erläßt, welches gewöhnlich in einem jussus de restituendo oder de exhibendo besteht, durch dessen Befolgung nach der römischen Proceßtheorie ein absolutorisches Urtheil herbeigeführt wird, und welches nach dem Corpus Juris, wenn es ein jussus de restituendo ist, nöthigenfalls mit Zwang durchgesetzt wird. Diese Eigenheit war zur Zeit der formulae

---

[196]) Wening Note e.

[197]) Die folgenden Sätze werden bewiesen durch: Gaj. IV. §. 136; §. 31. J. de actionib. (4. 6.); fr. 68. D. de R. V. (6. 1.); fr. 18. pr. D. de dolo (4. 3.); fr. 14. §. 3 in f. §. 4. D. quod metus causa (4. 2.); fr. 3. §. 13. D ad exhib. (10. 4.). S. übrigens noch Zimmern §. 67. fgg.

auch deswegen sehr wichtig, weil im Formularproceß die eigentliche condemnatio immer auf Geld ging, um welches es dem Kläger in manchen Fällen natürlich nicht zu thun war. Sie kam auch vor Diocletian nur im Formularprozeß, und zwar bei eigentlichen judiciis, und kommt seit Diocletian nur bei solchen Sachen, die früher per formulam cum condemnatione verhandelt wurden, zuweilen vor, also nie bei Präjudicialklagen und bei persecutiones. Dagegen kommt sie bei actiones in factum eben so oft vor, als bei actiones in jus; auch ist sie nicht etwa auf actiones in personam beschränkt, sondern sie kommt auch bei den actiones in rem vor, ja hier gehörte sie durchgängig zu den Eigenheiten der petitoria formula [198]), und nach dem neueren Rechte ist sie hier ganz allgemein.

C. Von dem Zwecke der Klagen.

Darüber §. 40. Hierzu habe ich zu bemerken:

1) Im Allgemeinen: Bei dem Formularproceß ging jede wahre Verurtheilung auf eine bestimmte Geldsumme [199]). Und gerade deswegen war es bei diesem Verfahren besonders wichtig, daß manche Klagen arbitrariae actiones waren, und daß häufig über eine sponsio processirt wurde, die nicht poenalis, sondern nur praejudicialis war, d. h. wobei das Urtheil in der Art vollzogen wurde, daß, wenn es für den Beklagten sprach, das angebliche Recht des Klägers, worüber gewettet worden, als aberkannt angesehen, und wenn es für den Kläger sprach, jenes Recht, nicht aber eine Forderung auf die eingeklagte Summe, nöthigenfalls mit Gewalt realisirt wurde. Eines von diesen zwei Mitteln wurde namentlich immer bei den actiones in rem gebraucht, wenn über diese per formulam verhandelt wurde. Das eine geschah, wenn man sich der petitoria formula bediente, das andere, wenn per sponsionem processirt wurde [200]). Bei dem Verfahren per legis

---

198) Cicero in Verrem II. c. 12 fr. 35. §. 1. fr. 68. D. de R. V. (6. 1.). Vgl. fr. 40. §. 2. D. de procur. (3. 3.); fr. 3. §. 3. D. de reb. cor. qui sub tut. (27. 9.); fr. 6. §. 2. D. de confessis (42. 2.); fr. 15. D. de exc. rei jud. (44. 2.).

199) Gaj. IV. §. 48. 52.

200) Gaj. IV. §. 91. sqq. Zimmern §. 64. u. 65.

actionem galt die ganze Regel nicht, und eben so wenig bei der extraordinaria cognitio. — Im neuesten Rechte[201]) bleibt es, was die arbitrariae actiones betrifft, bei dem Alten[202]), was die übrigen Klagen betrifft, so wird der alte Satz, den wir erst durch den neu aufgefundenen Gajus kennen gelernt haben, nicht nur nirgends im Corpus Juris angegeben, sondern es gehen auch mehrere Stellen[203]) geradezu von der Voraussetzung aus, daß nicht blos auf Geld, sondern auf den bestrittenen Gegenstand selbst condemnirt werden könne. Wir werden später bei einzelnen Klagen wieder auf diesen Punkt zurück kommen.

2) In Beziehung auf den Unterschied zwischen Haupt- und Nebenzweck. Daß die auf Privatdisposition beruhende Zinsverbindlichkeit ganz anders behandelt wird, als die gesetzliche, werden wir unten im Obligationenrechte[204]) sehen. Eine andere Modification der Regel der Note q wird in der Lehre von der Eigenthumsklage[205]) vorkommen.

D. Erfordernisse zu einer Klage.

Darüber §. 41. Zwei Punkte sind übrigens hier nicht herausgehoben: einmal, daß das der Klage zu Grund liegende Recht auch fällig, daß es ein jus quoad exercitium praesens seyn muß, und dann, daß es von dem Beklagten nicht anerkannt oder doch nicht gehörig berücksichtigt worden seyn muß.

E. Aufhebung der Klage.

So wie die Klage, mit welcher man aus Gründen, die sich auf die Entstehung des Klagerechts beziehen, abgewiesen werden muß, entweder ganz unbegründet ist, oder nur durch eine exceptio vereitelt werden kann, so theilen sich auch die Ereignisse, wodurch eine früher wirksam

---

[201]) Zimmern §. 153.

[202]) S. die oben citirten Stellen darüber aus dem Corpus Juris.

[203]) §. 32. J. de actionib. (4. 6.); c. ult. C. de fideicommissar. libertatib. (7. 4.); c. 14. C. de sentent et interlocutionib. (7. 14.).

[204]) B. 3. §. 8.

[205]) B. 2. §. 21.

begründet gewesene Klage später unwirksam wird, ein in solche, wodurch das Klagerecht ganz aufgehoben wird, und in solche, die nur bewirken, daß der Klage eine exceptio im römischen Sinne entgegen gesetzt werden kann. Auch diejenigen Beendigungsarten, welche hierher in den allgemeinen Theil gehören, passen theils unter jene, theils unter diese Rubrik. Ipso jure hört ein Klagerecht vor Allem alsdann auf, wenn das Recht ipso jure wegfällt, welches durch die Klage verfolgt werden soll, z. B. das Recht auf die Eigenthumsklage, wenn der Kläger das Eigenthum verliert [206]. Die einzelnen Fälle dieser Art sind natürlich nicht hier aufzuzählen. Ferner hört ein Klagerecht, das durch den Tod einer Parthei verloren geht, immer ipso jure auf [207], mag es geschehen, weil auch das zu verfolgende Recht mit dem Tode aufhört, oder ohne dieses. Dagegen ope exceptionis, und nach dem neuesten Rechte immer nur ope exceptionis, geht eine Klage verloren, wenn man durch ein rechtskräftiges Urtheil damit abgewiesen wird [208]. Die hier Statt findende exceptio heißt exceptio rei judicatae. Endlich geht eine Klage bald ipso jure und bald ope exceptionis verloren im Falle der Klagenverjährung [209] und im Falle der Concurrenz mehrerer Klagen [210]. — Nach dieser Vorbemerkung gehen wir nun die vier Beendigungsarten, welche Wening hierher zieht, nach der Ordnung des Lehrbuchs durch.

1) Durch richterliches Erkenntniß.

Davon handelt der §. 42., und näher der §. 61., zu welchem ich unten die nöthigen Bemerkungen machen werde.

2) Durch den Tod der Partheien.

Die Fälle, in welchen ausnahmsweise die s. g. translatio activa oder passiva nicht eintritt, werden im §. 43. angegeben.

---

[206]) Gerade bei der Eigenthumsklage treten freilich auch Ausnahmen ein, die wir unten im zweiten Buch werden kennen lernen.

[207]) S. die im §. 43. citirten Stellen.

[208]) S. unten §. 61.

[209]) Davon unten bei dem §. 50.

[210]) S. §. 51. 52.

Die translatio activa betreffend, habe ich, abgesehen von der unten zur Sprache zu bringenden Präparation, nur über einen Punkt zu reden. Der von Wening in der Note l. gemachte Versuch, zu erklären, warum die actio in factum de mortuo inferendo nicht einmal activ auf die Erben übergehe, ist ganz verfehlt. Die angeführte Pandektenstelle sagt ausdrücklich: man müsse sich darüber wundern, daß dieses, wie es scheine, durch Gewohnheit zur Rechtsregel geworden sey; denn offenbar handle es sich hier nicht um Satisfaction wegen persönlicher Verletzung, sondern um Ersatz eines pecuniären Schadens. Aus diesem Grunde ist auch nicht zu bezweifeln, daß die Injurienklage mit dieser Klage cumulativ concurrirt.

Was die s. g. translatio passiva betrifft, so stimme ich der von Wening jetzt angenommenen Theorie von Francke, dem neuesten Schriftsteller über diesen Gegenstand, ganz bei, habe aber zu dem Lehrbuch Einiges zu bemerken.

Ueber die interessante Frage: warum die angeführte römische Regel über die reipersecutorischen Klagen aus widerrechtlichen Handlungen bei der condicto furtiva, und nur bei dieser, eine Ausnahme erleidet [211]), ist man nicht einig. Einige Juristen [212]) behaupten, sie sey keine Delictsklage. Francke behauptet, und macht wahrscheinlich: das Civilrecht stelle das als Regel auf, was bei der condictio furtiva gilt, das prätorische dagegen gehe von dem andern angeführten Gesichtspunkte aus; und der einzige Grund, warum die civilrechtliche Regel nur auf diese eine Klage angewendet worden, liege darin, daß alle übrigen Klagen der fraglichen Art dem prätorischen Rechte ihren Ursprung verdanken. Aber warum

[211]) Daß die Sache so stehe, geben auch nicht alle Schriftsteller zu. Namentlich wollen viele das, was von der condictio furtiva gilt, auch anderwärts angewendet wissen. So die in der Note q citirten Faber und Ayrer. Andere wollen umgekehrt auch den Erben des Diebs nicht in solidum haften lassen. So der angeführte Cujacius.

[212]) So unter andern namentlich der in der Note q. angeführte Lyclama, und unter den Neueren Unterholzner Verjährungslehre B. 2. §. 274.

wird nicht die actio ex lege Aquilia, insoweit sie auf bloßen Schadensersatz geht, eben so behandelt, wie die condictio furtiva? Wahrscheinlich deswegen, weil man diese, wie überhaupt alle ältere Delictsklagen, als reine Pönalklagen behandelte, auch wenn sie es nicht waren, wie z. B. die actio furti, bevor die condictio furtiva aufgekommen war.

Die Neuerung des canonischen Rechts bei den Delictsklagen geht eigentlich dahin, daß die Erben auch da in solidum haften sollen, wo sie nach römischem Rechte nur für das haften, um was die Erbschaft bereichert worden ist; und nur die Praxis, die gewiß überall ein Gewohnheitsrecht begründet hat, hat diesen Satz von jeher dahin gemildert, daß die Erben hier, auch wenn sie das beneficium inventarii nicht geltend machen können, nur so weit haften, als die Erbmasse reicht. Gegen die Anwendbarkeit dieser Abänderung des römischen Rechts in unseren Gerichten erhebt Löhr in der angeführten Schrift bedeutende Zweifel; namentlich macht er darauf aufmerksam, daß die fraglichen canonischen Stellen, die ohnehin zum Theil von Fällen reden, in welchen man durch einen Vertrag oder durch ein Vertragsähnliches Verhältniß obligirt ist, nur an geistliche Gerichte gerichtet sind, und nur geistliche Zwangsmittel anordnen. Wenn sich aber auch im Allgemeinen über die Anwendbarkeit solcher Vorschriften des canonischen Rechts in den weltlichen Gerichten mit Grund zweifeln läßt, so ist doch, was die hier in Frage stehende Regel betrifft, der Gerichtsgebrauch, der, wenn es sich um die Art der Reception fremder Rechtssätze handelt, zunächst entscheidet, wie jetzt Francke nachzeigt, überall von jeher entschieden für ihre Anwendung.

Von den persönlichen Klagen aus Verträgen und vertragsähnlichen Handlungen behauptet man hauptsächlich wegen der angeführten Institutionenstelle, ex dolo defuncti seyen sie gegen die Erben nicht zuläßig. Allein eine in der Note s. angeführte Reihe von Stellen spricht ganz deutlich gegen diese Ausnahme. Selbst die bei den Erben des Vormunds geltende Ausnahmsregel, daß diese nur für dolus und culpa

lata, nicht auch für culpa levis des Erblassers haften, beweißt, daß die Römer weit entfernt waren von dem Gedanken, bei dem dolus müsse man gegen die Erben weniger streng seyn, als bei der bloßen culpa. Und die fragliche Institutionenstelle ist nur durch ein offenbares Versehen so redigirt worden, wie sie dasteht. Man schrieb nämlich aus der angeführten Stelle von Gajus den Satz ab, daß es Fälle gebe, in welchen eine Contractsklage gegen die Erben nicht auf das Ganze angestellt werden könne. Das Beispiel, welches Gajus anführt, war veraltet, und man konnte es daher nicht aufnehmen. Ein anderes passendes Beispiel, etwa die actio tutelae im Falle der levis culpa, fiel der Commission nicht gerade ein. Und da schrieb sie denn in der Uebereilung so etwas hin von dem Falle des dolus. Man kann die Stelle auch nicht einmal dadurch zu Ehren bringen, daß man das Wort veluti wegläßt, und nun einen einzelnen Fall des dolus sucht, auf welchen das Gesagte etwa paßt; denn Theophilus, bekanntlich ein Mitglied der Commission, führt in seiner Paraphrase den Fall des depositi an, auf welchen es offenbar nicht paßt [213]). In einem Falle wie der vorliegende darf man natürlich die Institutionen nicht beachten. — Bevor Francke auf alle diese Momente aufmerksam machte, wurde wohl auch das angefürrte fr. 8., und namentlich die hier vorkommende Aeußerung: „Sed constitutionibus subventum est ignorantiae heredum", mit der Institutionenstelle in Verbindung gebracht. Allein die constitutiones, von welchen hier die Rede ist, sprechen, wie aus einer Vergleichung mehrerer Codexstellen [214]) hervorgeht, gar nicht von der Frage, für welchen Grad von culpa des Erblassers der Erbe hafte, sondern von der nicht hierher gehörigen Frage, in wiefern die Erben des Vormunds sich das jusjurandum in litem gefallen lassen müssen.

Zum Beschluß dieser Lehre muß noch bemerkt werden, daß bei Klagen, die an sich nicht auf die Erben übergehen,

---

213) fr. 1. §. 1. fr. 7. §. 1. D. depos. (16. 3.).

214) c. 2. 5. und besonders c. 4. C. de in litem jurando (6. 53.).

die Wirkung, welche Wening am Ende des §. der bei den Lebzeiten des Erblassers Statt gefundenen litis contestatio zuschreibt, zuweilen auch schon durch eine frühere Handlung herbeigeführt wird, wie wir unten bei dem §. 67. und im besonderen Theile näher sehen werden.

3) Durch Extinitivverjährung.

a) Einleitung.

Für die verschiedenartigen Rechtsinstitute, welche man nach dem Eingange des §. 44. mit dem Ausdruck Verjährung bezeichnet, wird auch der Ausdruck praescriptio gebraucht; — ein Ausdruck, der, wie wir unten in der Lehre von den Einreden sehen werden, bei den Römern technisch ist, aber dort einen anderen Begriff bezeichnet, womit es denn zusammen hängt, daß er in den Quellen nicht für alle, sondern nur für gewisse Arten der s. g. Verjährung gebraucht wird.

Unsere Juristen theilen die Verjährung ein:

1) nach ihrem rechtlichen Fundamente, in praescriptio testamentaria, conventionalis, judicialis und legalis, wovon uns hier nur die letzte interessirt;

2) nach der Länge der dazu erforderlichen Zeit, vor Allem in praescriptio immemorialis, wobei es darauf ankommt, wie es seit Menschen Gedenken gehalten worden ist, und in praescriptio definita s. definiti temporis, wozu der Ablauf einer bestimmten Zeit erforderlich ist, z. B. der Ablauf von 3, von 10, von 20, von 30 oder 40 Jahren;

3) nach der Wirkung, zunächst in praescriptio extinctiva oder erlöschende Verjährung, wodurch ein Recht aufhört, und in praescriptio acquisitiva, oder erwerbende Verjährung, wodurch ein Recht begründet wird, und dann die letztere weiter in constitutiva, wodurch ein bisher nicht vorhanden gewesenes Recht, z. B. eine nicht vorhanden gewesene Servitut, entsteht, und in translativa, wodurch ein bereits bestehendes Recht an ein anderes Subject kommt.

Man würde die ersten Worte des §. 44. mißverstehen, wenn man den Sinn darin finden wollte, daß jedes Recht durch Verjährung entstehen und aufhören könne. Nein! im Ganzen ist nur für bestimmte einzelne Arten von Rechten eine Acquisitiv- oder Extinctivverjährung eingeführt; und selbst diese ist, wie Wening richtig bemerkt, bei jeder Art von Rechten ein besonderes Institut, das sich in Beziehung auf Voraussetzungen und Wirkungen, wie durch seine Entstehungsgeschichte, von den übrigen Verjährungen unterscheidet. Nur insofern gibt es eine allgemeine Extinctivverjährung, als nach neuerem römischem Rechte alle Klagen nur binnen einer bestimmten Zeit angestellt werden können. Diese allgemeine Klagenverjährung, die hier allein abgehandelt werden soll, wird denn auch vorzugsweise Extinctivverjährung genannt.

b) Voraussetzungen dieser Verjährung.

Diese werden in den §§. 45—48. abgehandelt, wozu ich folgende Bemerkungen zu machen habe:

α) Was die im §. 45. angegebene Zeit der Klagenverjährung betrifft, so habe ich mehrere Streitfragen zu erörtern.

Die Jugend des Klägers wird bei temporales actiones in der Art berücksichtigt, daß hier die Verjährung während der ganzen Minderjährigkeit nicht läuft. Darüber ist kein Streit. Früher war nämlich in integrum restitutio dagegen möglich; Justinian aber erklärte diese für unnöthig [215]. Nicht so einig ist man über die von Theodos II. eingeführte Verjährung der actiones perpetuae. Theodos verordnet, sie solle während der Unmündigkeit gar nicht laufen; von dem Augenblicke der erlangten Mündigkeit an aber soll die Minderjährigkeit keinen Einfluß mehr haben [216]. Dieses soll nach manchen Juristen, zu denen auch Thibaut in den ersten Ausgaben seines Pandekten-Systems, und später noch bis zu meiner angeführten Abhandlung Wening ge-

[215]) c. 5. C. in quib. caus. in int restit. necess. non est (2.41.).

[216]) c. un. Cod. Theod. de act. certo temp. fin. (4. 14.); c 3. C. de. XXX. vel XL. annor. praescr. (7. 39.).

hörte, geändert worden seyn durch die citirte c. 4. von Anastas. Diese Verordnung scheint nämlich zu sagen: in keinem Falle soll eine Klage länger als 40 Jahre dauern; woraus denn folgen würde, daß auch die Unmündigkeit die Vollendung der Verjährung in keinem Falle länger als 10 Jahre weiter hinausschieben könne. Allein die Stelle spricht nicht so allgemein. Sie spricht nicht von den Fällen, die bisher schon, und namentlich durch das Einführungsedict von Theodos, gesetzlich bestimmt waren, sondern nur von den Fällen, über welche dem Richter, wenn er sie nach den bisherigen Gesetzen betrachtet, etwa noch Zweifel übrig bleiben sollten. Daß diese und nicht jene Interpretation die richtige ist, das geht hervor: einmal aus den Worten des neuen Gesetzes; dann aus der Aufnahme der fraglichen Bestimmung von Theodos in Justinians Codex, in welchen andere Bestimmungen derselben Verordnung, die von späteren Kaisern abgeändert worden waren, nicht aufgenommen wurden; und endlich aus späteren Aeußerungen des Gesetzgebers. In den citirten Novellen, und vorzüglich in der citirten c. 7., wird so deutlich als möglich vorausgesetzt, daß die fragliche Verfügung von Theodos noch in Kraft ist. Auch geht aus derselben c. 7. hervor, daß die von Theodos ausgesprochene Unverjährbarkeit der actio hypothecaria gegen den dritten Besitzer durch die Verordnung von Anastas nicht aufgehoben wird; und eben so geht aus einer anderen späteren Constitution [217]) hervor, daß Anastas die von Theodos getroffene Bestimmung über die durch eine Klage unterbrochene Verjährung [218]) nicht abändert; welches alles anders seyn würde, wenn die Verordnung von Anastas den von den Gegnern behaupteten Sinn hätte.

Von den Klagen der Kirchen, der pia corpora und der Städte verordnet Justinian noch in dem Codex [219]), sie sollen 100 Jahre angestellt werden können. Diese Verord-

---

[217]) c. 1. §. 1. C. de annali except. Ital. contr. toll. (7. 40.).

[218]) c. un. C. Th. cit.

[219]) c. 23. C. de sacrosanctis ecclesiis (1. 2.).

nung wird, in Beziehung auf die Kirchen und pia corpora im Westen, wiederholt in der an den römischen Bischof gerichteten Novelle 9. In der späteren Novelle 111 aber setzt der Kaiser für diese Personen an die Stelle der 100 Jahre, welche er wegen der Beweismittel für ganz unzweckmäßig erklärt, die Zeit von 40 Jahren. Von den Städten, die auch in der Verordnung des Codex nur deswegen mit privilegirt worden seyn sollen, damit die durch Bestechung des Ministers herbeigeführte große Begünstigung der Kirchen mit rückwirkender Kraft nicht zu sehr auffallen möchte, von den Städten ist in keiner der beiden Novellen mit einer Sylbe die Rede; wohl aber wird in der letzten ausdrücklich gesagt: die 40 Jahre, welche man den Kirchen und milden Stiftungen zugestehe, seyen eine Ausnahme für die religiosi loci, andere Personen sollen sich mit den regelmäßigen 30 Jahren begnügen. Bei dieser Lage der Quellen ist es offenbar unrichtig, wenn manche Juristen für die Klagen der Städte eine 40jährige Verjährung annehmen. Es kann hier blos die Frage seyn, ob eine 100jährige Statt findet, wie sie der Codex vorschreibt, oder eine 30jährige, wie bei Klagen gewöhnlicher Personen. Ueber diese Frage kann man streiten. Mir scheint aber in der angeführten Aeußerung der Novelle implicite die Aufhebung des im Codex gegebenen Privilegs ausgesprochen zu seyn; und in dieser Auslegung bestärkt mich der Umstand gar sehr, daß der Kaiser in dieser Verordnung alle 100jährige Verjährung für etwas durchaus unzweckmäßiges erklärt. Was die Kirchen und pia corpora betrifft, so schließt die Justinianeische Gesetzgebung mit der Novelle 131, welche verordnet, hier solle die 40jährige Verjährung nicht nur an die Stelle der 30jährigen, sondern auch an die Stelle der 10- und 20jährigen Verjährung treten, nicht aber auch an die Stelle der 3jährigen. Das canonische Recht [220]) fügt schon frühe zu dem Bisherigen die Verfügung, daß die römische Cathedralkirche ihre Klagen 100 Jahre lang soll anstellen können, —

[220]) c. 16. §. 4. c. 17. C. 16. qu. 3.; c. 13. 14. 17. X. de praescriptionib. (2. 26); c. 2. VI. eod. (2. 13.).

eine Verfügung, welche die Glossatoren[221]) mit Unrecht schon in der Novelle 111 finden wollen, gestützt auf die Ueberschrift dieser Verordnung, welche, wenn sie beweisend wäre, viel mehr als das Behauptete beweisen würde.

Bei den Klagen des Fiscus, des Regenten und seiner Gemahlin macht die Verordnung, worin Theodos die allgemeine 30jährige Verjährung der actiones perpetuae einführt, eben so wenig eine Ausnahme, als das ältere Recht in Beziehung auf die temporales actiones. Auch wird in keiner späteren Verordnung klar gesagt, daß hier eine allgemeine Ausnahme Statt finden solle. Indessen möchte doch aus einer Verordnung von Anastas[222]) hervorgehen, daß die bekannte, von demselben Kaiser vorher erlassene Constitution, worin für zweifelhafte Fälle eine 40jährige Klagenverjährung eingeführt wird[223]), die Klagen des Fiscus im Auge habe. Zur Unterstützung dieser Ansicht dient auch noch eine dritte Verordnung von Anastas[224]), welche den Besitzern von Gütern des Fiscus, von res patrimoniales und dominicae die Rechte daran zusichert, welche sie 40 Jahre lang ausgeübt haben. Auch ist sie fast allgemein angenommen; und zwar stellt man den Regenten und seine Gemahlin dem Fiscus, wegen einer bekannten Regel des römischen Rechts[225]), in dieser Beziehung gleich.

Bei den praejudiciales actiones nimmt man gewöhnlich nichts besonderes an. Wenn übrigens diese Klagen, wie ich oben zu zeigen gesucht habe, wenigstens vor Justinian weder zu den actiones in rem noch zu den actiones in personam gezählt wurden, so muß man Unterholznern[226]) beistimmen, welcher es zweifelhaft findet, ob die Verordnung von Theodos, die nur von actiones in rem und in personam spricht, sich auch auf sie bezog, und deswegen die Verordnung von

221) Auth. Quas actiones C. de sacros. eccles. (1. 2.).

222) c. 6. C. de XXX. vel XL. annor. praescript. (7. 39.).

223) c. 4. eod. tit.

224) c. ult. C. de fund. patrimonialib. (11. 61.).

225) fr. 6. §. 1. D. de jure fisci (49. 14.); c. 3. C. de quadriennii praescr. (7. 37.).

226) Die gesammte Verjährungslehre B. 2. §. 289.

Anastas über die in zweifelhaften Fällen eintretende 40jährige Verjährung auf sie angewendet wissen will.

β) Was die Berechnung der Zeit betrifft, so kann ich mit §. 46. in Demjenigen nicht ganz übereinstimmen, was er unter 3. über die Verjährung von terminlichen Leistungen sagt. Man muß hier offenbar von dem Satze ausgehen, daß diejenige, aber nur diejenige Klage verjährt werden kann, welche zu Anfang der Verjährungszeit wirklich begründet ist; und dann von dem andern Satze: wenn eine Klage wirklich verjährt ist, so verliert man dadurch keine andere Ansprüche, als diejenigen, welche durch die verjährte Klage verfolgt werden könnten, wenn sie nicht verjährt wäre. Diese Sätze führen bei der Verjährung der Klagen auf terminliche Gefälle zu folgender Unterscheidung. Entweder hat der Berechtigte nur Klagen auf die einzelnen Leistungen, er kann mit andern Worten nur über das, was bereits fällig ist, als Kläger einen Proceß anfangen, nicht über die Frage, ob und welche Leistungen künftig werden fällig werden, wie z. B. derjenige, dem eine Pension legirt ist; oder er hat eine allgemeine Klage auf das fragliche Gefäll überhaupt, er kann mit anderen Worten nicht blos über das bereits Fällige, sondern auch über das, was künftig fällig werden soll, als Kläger einen Proceß anfangen, wie z. B. Derjenige, welcher Zinsen (usuras) zu verlangen hat. In Fällen der ersten Art kann durch Klagenverjährung immer nur das verloren gehen, was in dem Augenblick, von welchem an die Verjährungszeit gerechnet wird, schon fällig war; in Fällen der letzten Art dagegen gehen, wenn der Anspruch überhaupt nicht anerkannt wurde, und deswegen die allgemeine Klage hätte angestellt werden können, durch Verjährung dieser Klage auch diejenigen Leistungen verloren, welche erst während der Verjährung fällig wurden, oder nach Vollendung derselben fällig würden, wenn sie nicht Statt gefunden hätte.

γ) Was die Unterbrechung (§. 47.), und zwar die durch Erhebung eines Processes, betrifft, so werden wir unten bei Gelegen-

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

heit der Wirkungen der litis contestatio (§. 68.) sehen, bis zu welchem Punkte der Proceß gediehen seyn muß, damit die Verjährung einer temporalis oder perpetua actio unterbrochen werde.

δ) Das bloße Schlafen der Verjährung (die s. g. quies praescriptionis oder praeseriptio dormiens), wovon der §. 48. spricht, ist derselben weniger hinderlich als eine wirkliche Unterbrechung. Dort wird nämlich blos die Zeit des Schlafens nicht eingerechnet; hier dagegen wird auch der vor der Unterbrechung abgelaufene Theil der Verjährungszeit nicht in Anschlag gebracht, ja in einem Falle, nämlich bei der Unterbrechung durch Proceß, ist die nachher von vorn anfangende Zeit der Verjährung sogar noch außerdem um 10 Jahre länger, als sie gewöhnlich ist, und die actio temporalis wird der pespetua gleich [227]. Zu den Fällen, wo die Klagenverjährung schläft, gehören nach dem Obigen auch die, wenn eine temporalis actio an einen Minderjährigen, oder eine perpetua an einen Unmündigen kommt.

c) Wirkungen der Extinctivverjährung.

Die temporales actiones gehen durch Ablauf der Verjährungszeit ipso jure verloren [228], die 30- oder mehrjährige Klagenverjährung dagegen gewährt nur eine exceptio oder praescriptio [229]. Sehr streitig ist zum Theil die Frage: ob das Recht, welches durch die verjährte Klage hätte verfolgt werden sollen, noch auf anderem Wege geltend gemacht werden kann oder nicht. Da sich übrigens diese Streitfrage hauptsächlich auf persönliche Klagen und Forderungen bezieht, und genaue Bekanntschaft mit den letzteren voraussetzt, so wird es zweckmäßig seyn, dieselbe erst unten im Obligationenrecht zu erörtern, wo ich denn außer der im §. 50. angeführten Literatur auch die neusten Abhandlungen von Büchel [230] und Roßhirt [231] berücksichtigen werde.

---

227) Wening §. 45. Note g.

228) fr. 6. D. de O. et A. (44. 7.).

229) Rubr. et c. 3. 4. 7. 8. §. 1. 4. C. de XXX. vel XL. annor. praescr. (7. 39.); c. 1. §. 2. C. de annali except. Ital. contr. (7. 40.); c. 30. C. de jure dotium (5. 12.).

230) Conrad Büchel über die Wirkung der Klagenverjährung; auch unter dem Titel: civilrechtl. Erörterungen, I. Marb. 1832. 8.

231) Dessen Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht H. 2. Nr. 2.

4) Durch Concurrenz mit andern Klagen.

Hierüber wird in den §§. 51. und 52. gehandelt.

III. Von den Exceptionen, Repliken, Dupliken ꝛc.

A) Begriff von exceptio.

Man muß hier drei Begriffe unterscheiden.

1) In dem Formularproceß, wo zuerst exceptiones vorkommen [232], verstand man unter exceptio eine auf Verlangen des Beklagten von der Obrigkeit in die formula eingerückte Clausel, welche dem Auftrag an den judex, den Beklagten, falls die intentio begründet seyn sollte (si paret etc.), zu verurtheilen, eine Ausnahme beifügt [233].

Eine exceptio in diesem Sinne war natürlich nicht nöthig, wenn die Klage nicht begründet war, d. h. wenn dasjenige, was in der intentio als Voraussetzung angegeben wurde bei deren Eintritt der Beklagte verurtheilt werden sollte, nicht Statt fand. Sie wurde vielmehr gebraucht gegen eine Klage, die in dem so eben angegebenen Sinne begründet ist, aber in dem concreten Falle, wegen eines besondern Umstandes, welcher in der intentio nicht berührt ist, doch nicht zur Verurtheilung des Beklagten führen soll [234].

Die Umstände, welche zu einer exceptio in diesem Sinne Veranlassung geben, sind hauptsächlich von viererlei Art. Entweder will der Prätor ein nach dem Civilrechte begründetes Rechtsverhältniß als gar nicht vorhanden angesehen wissen, und dies ist bei den meisten Exceptionen der Fall [235]; oder der Umstand, auf den sich die exceptio gründet, würde, wenn man den Kläger siegen ließe, nach dem Civilrechte eine Klage des bisherigen Beklagten gegen den bisherigen Kläger begründen, wodurch der Erfolg der ersten wieder aufgehoben

---

[232]) Gaj. IV. §. 108.

[233]) Gaj. IV. §. 119.

[234]) Gaj. IV. §. 116.; fr. 2. pr. §. 2. D. de except. (44. 1.).

[235]) S. z. B. Gaj. IV. §. 116. Daß auch civilrechtliche Bestimmungen durch exceptiones geltend gemacht wurden, geht schon hervor aus Gaj. IV. §. 118.; §. 7. I. de except. (4. 13.).

würde, wie dieses z. B. der Fall ist, wenn der Eigenthümer seine Sache von dem Usufructuar vor Beendigung des Usus-fructs vindicirt; oder das Rechtsgeschäft, auf welches die Klage gegründet wird, stößt gegen eine lex imperfecta an [236]), z. B. die Schenkung, woraus geklagt wurde, lief dem Verbot der lex Cincia entgegen; oder endlich die intentio in der Formel für eine prätorische Klage ist so abgefaßt, daß darin auf einen Umstand, der nach der Absicht des prätorischen Edicts die Verurtheilung verhindern soll, noch keine Rücksicht genommen wird, wie z. B. in der formula Publiciana auf das etwaige Eigenthum des Beklagten [237]).

2) Schon in dem Formularproceß sagt man von dem Beklagten, der die Einrückung einer solchen Clausel in die formula verlangt, er opponire oder objicire eine exceptio [238]); und seit dem Verschwinden der formulae wird der Ausdruck exceptio im Ganzen nur noch in dem Sinne einer allegatio gebraucht [239]). Und zwar verstehen die Römer darunter eine Einwendung von Seiten des Beklagten, durch welche eine Clausel der angegebenen Art in die formula kommen würde, wenn eine formula zu den Acten käme, und welche eben deswegen regelmäßig schon in dem ersten Verfahren, schon in jure, vorgebracht werden muß, wenn sie berücksichtigt werden soll [240]).

3) In dem heutigen Proceß gebraucht man den Ausdruck exceptio gleichbedeutend mit Einrede in dem Sinne, der im §. 53. als der strenge und eigentliche Sinn angegeben wird; nur sollte es dort statt: „eines Factums", heißen: „eines Umstands". Dieser Sinn hat Aehnlichkeit mit dem unter 2. angegebenen neueren römischen. Er unterscheidet sich aber von diesem dadurch, daß er weiter ist, und zwar in folgenden Beziehungen: a) Eine selbstständige Thatsache,

---

236) W. de Schroeter Observat. p. 101. sqq.

237) fr. 17. D. de Publiciana in rem act. (6. 2.), vergl. mit Gaj. IV. §. 36. In eine fünfte Klasse gehören manche dilatorische Exceptionen, z. B. die exceptio procurat.

238) Gaj. IV. §. 119.

239) S. z. B. pr. I. de replicat. (2. 14.).

240) pr. §. 1. sqq. I. de except. (4. 13.).

wodurch die Entstehung eines Rechtsverhältnisses wirklich gehindert wird, begründet gegen die Klage aus diesem Rechtsverhältniß eine exceptio in dem heutigen Sinne, während bei den Römern das Vorbringen einer solchen Thatsache einen bloßen Widerspruch gegen die intentio enthielt und deswegen nicht exceptio hieß, respéc. keine exceptio herbeiführte. So z. B. die Einwendung gegen die hereditatis petitio ab intestato, der Erblasser habe eine gültiges Testament hinterlassen. b) Ganz dasselbe gilt, und zwar aus demselben Grunde, von allen denjenigen selbstständigen Thatsachen, wodurch das begründet gewesene Recht ipso jure aufhört. So ist z. B. die Einwendung gegen die Eigenthumsklage, der Beklagte habe die Sache, die früher dem Kläger gehörte, usucapirt, eine exceptio im heutigen Sinne, aber keine im römischen Sinne; und eben so die Einwendung gegen eine persönliche Klage, die Schuld sey abgetragen, die s. g. exceptio solutionis. c) Endlich begründeten bei den Römern in den bonae fidei judiciis alle diejenigen Thatsachen, welche bewirken, daß eine Verurtheilung des Beklagten der bona fides widersprechen würde, keine eigentliche exceptio. Da nämlich der judex hier schon durch die递haupttheile der formula angewiesen war, keine der bona fides widersprechende Verurtheilung vorzunehmen, so konnte man solche Thatsachen auch noch in judicio wirksam vorbringen [241], ja sie gehörten eigentlich erst hierher. Insoweit nun diese Thatsachen zu denjenigen gehören, welche in einem anderen Processe nur berücksichtigt wurden, wenn sie als exceptiones also schon in jure, vorgebracht, und in früherer Zeit in die formula gesetzt wurden, konnte man bei den judiciis bonae fidei sagen: exceptio actioni (judicio, formulae) ipso jure inest. Heutzutage dagegen, wo gerade das Wegfallen der Trennung eines Verfahrens in jure und eines Verfahrens in judicio die in Frage stehende Erweiterung des Be-

[241]) fr. 3. D. de rescind. vend. (18. 5.); fr. 84. §. 5. de. legat. I. (30.); fr. 21. in f. D. sol. matr. (24. 3.); Vat. fragm. §. 94. Zu weit gehen aber Diejenigen, welche behaupten, in den bonae fidei judiciis seyen gar keine exceptiones vorgekommen. Zimmern §. 63a.

griffs von exceptio veranlaßt, wird bei den actiones bonae fidei dieser Ausdruck für alle diejenigen Einwendungen gebraucht, welche sonst so genannt werden.

Wenn Wening sagt, der Ausdruck exceptio werde heutzutage nur für diejenigen Thatsachen gebraucht, wodurch ein bereits begründetes Rechtsverhältniß wieder (sey es ipso jure oder nicht) aufgehoben wird, so sey z. B. die Berufung auf das Senatusconsultum Macedonianum, oder auf das Senatusconsultum Vellejanum, keine wahre exceptio; so behauptet er genau genommen, der Begriff von exceptio sey bei uns nicht blos weiter, sondern in einer Beziehung auch enger, und zwar bedeutend enger, als bei den Römern. Dieses wäre, wie aus der Theorie des heutigen Civilprocesses hervorgeht, sehr unzweckmäßig und die tägliche Erfahrung lehrt auch, daß es unrichtig ist. Wenn es wahr wäre, so dürfte man ja die exceptio metus, die s. g. exceptio doli specialis, die meisten Fälle der s. g. exceptio restitutionis in integrum, und manche andere Einwendungen, nicht mehr zu den eigentlichen Exceptionen zählen, und doch werden sie täglich dazu gezählt.

So viel über die verschiedenen juristischen Bedeutungen von exceptio. Mit diesem Ausdruck wird in den Quellen häufig der Ausdruck praescriptio in Verbindung gebracht. Dieser [242]) bezeichnet ursprünglich auch eine adjectio, eine clausula, die auf besonderes Verlangen einer Parthei in die formula gesetzt wurde, und später die allegatio, wodurch früher eine solche Clausel herbei geführt worden wäre. Es gab, wie wir jetzt aus Gajus lernen, nicht blos praescriptiones pro reo sondern auch praescriptiones pro actore. Die letzteren hatten hauptsächlich den Zweck, die Nachtheile der pluris petitio von dem Kläger abzuwenden, und kommen in dem neuesten römischen Rechte nicht mehr vor. Die ersteren haben Aehnlichkeit mit den Exceptionen. Ihre formelle Verschiedenheit von diesen, war übrigens zur Zeit des Gajus

[242]) Gaj. IV. §. 130—137.

bereits weggefallen; damals schon wurden anstatt der praescriptiones pro reo immer exceptiones concipirt [243]). Sie bestand hauptsächlich darin, daß jene ihre Stelle im Anfange der formula hatten [244]), während diese zwischen intentio und condemnatio oder hinter die condemnatio gestellt wurden. Ob auch eine materielle Verschiedenheit Statt fand, welche etwa auch nach Aufhebung des formellen noch fort bestehen konnte, wird uns nirgends gesagt. Zimmern [245]) vermuthet, die unten zu erwähnende von Zeno aufgehobene strenge Wirkung, welche früher einer begründeten dilatoria exceptio zukam, habe bei einer dilatoria praescriptio nicht Statt gefunden, auch seyen vielleicht in judicio die praescriptiones vor der intentio verhandelt worden. In dem Corpus Juris finden sich auf jeden Fall keine Spuren von der alten Verschiedenheit, als daß einige Einreden öfter praescriptiones, andere dagen mehr exceptioes genannt worden, und daß der Pandektentitel [246]), der den Exceptionen gewidmet ist, die Rubrik führt: de exceptionibus, praescriptionibus et praejudiciis [247]), und der diesem entsprechende Codextitel [248]) die Rubrik: de exceptionibus seu praescriptionibus. — Zu den Einreden, welche im Corpus Juris vorzugsweise praescriptiones genannt werden, gehören auch mehrere, die sich auf den Ablauf einer Zeit beziehen [249]). Es braucht aber wohl nicht besonders bemerkt zu werden, daß es auch Arten der Verjährung gibt, für welche der Ausdruck praescriptio nicht paßt, weil sie nicht eine bloße exceptio bewirken, sondern das Verhältniß ändern, auf welches sich die intentio bezieht. Als Beispiele nenne ich nur die Usucapion und den Verlust der Servituten durch Nichtgebrauch. Durch die Glossatoren und durch das Corpus Juris Canonici, in welchem sich z. B. zwei Titel [250]) befinden, die unter der

[243]) Gaj. §. 133.

[244]) Gaj. §. 132. vgl. §. 136.

[245]) a. a. O. §. 97.

[246]) Dig. Lib. 44. Tit. 1.

[247]) Ueber die hier gemeinten praejudicia vergl. Gaj. §. 133.

[248]) Cod. Lib. 8. Tit. 36.

[249]) Cod. Lib. 7. Tit. 37 — 40.

[250]) X. 2. 26.; VI. 2. 13.

Rubrik: de praescriptionibus, nur von der Verjährung, und von allen Arten derselben handeln, hat sich der Sprachgebrauch freilich geändert, und jetzt wird jede Verjährung ohne Unterschied praescriptio genannt.

B) Eintheilungen derselben.

Ueber die Eintheilung in exceptiones in rem und in personam habe ich zu dem §. 53. nichts zuzusetzen.

Bei der Eintheilung in exceptiones peremtoriae und dilatoriae ist zu bemerken, daß die letzteren erst seit einer Verordnung von Zeno [251]) blos eine einstweilige Abweisung des Klägers zur Folge haben, indem der Beklagte hier früher ganz absolvirt wurde, wenn es der Kläger zu einem judicium kommen ließ. Dieser erlitt hier dafür, daß er tempore plus petebat, eine Strafe, die zunächst von der Art herrührte, wie die exceptiones in der formula abgefaßt wurden [252]).

Der Ausdruck utilis exceptio kommt nicht in einer solchen technischen Bedeutung vor, wie der Ausdruck utilis actio [253]).

Unsere Processualisten unterschieden früher exceptiones juris, wodurch man sich auf Rechtssätze, und exceptiones facti, wodurch man sich auf Thatsachen beruft, welche gegen den Kläger sprechen. Als Beispiele der ersteren führten sie die exceptiones Senatusconsulti Macedoniani et Vellejani an, und als Beispiele der letzteren unter andern die exceptio solutionis. Auf das heutige gerichtliche Verfahren bezogen, ist diese Eintheilung offenbar unrichtig. Es ist nämlich jede exceptio, strenge genommen, zugleich exceptio juris und facti in dem angegebenen Sinne, indem man bei jeder Einrede, wie bei jeder Klage, die Facta, worauf man sie stützt, und die Rechtssätze, nach welchen man sie darauf stützen kann, angeben muß. In Beziehung auf den römischen Proceß dagegen läßt

---

251) §. 10. I. de except. (4. 13.).

252) Gaj. IV. §. 123. Zeno substituirt dieser Strafe eine andere, die aber heutzutage außer Gebrauch ist. §. 10. I. cit.

253) Wening Note x.

sich diese Eintheilung theilweise vertheidigen. Hier gibt es nämlich allerdings Exceptionen, welche man exceptiones juris in dem angegebenen Sinne [254]), und es gibt andere, welche man exceptiones facti in dem angegebenen Sinne nennen könnte [255]); allein diese Ausdrücke kommen nicht vor, und dann gibt es auch Exceptionen, die auf ein Rechtsverhältniß gestützt werden [256]), und deswegen unter keinen der beiden angegebenen Begriffe passen. Aber theilen die Römer die exceptiones nicht, wie die actiones, ein in solche, die in factum, und in solche, die in jus concipirt werden? Sie concipiren die Exceptionen meistens wie die actiones in factum, und zuweilen auch wie die actiones in jus conceptae [257]). Aber die Benennung exceptiones in jus conceptae kommt meines Wissens nirgends vor, und die Benennung exceptiones in factum kommt zwar vor, allein in einer engeren Bedeutung, nämlich im Gegensatze von denjenigen Exceptionen, welche, obgleich sie auch nur Facta nennen, doch den Richter stillschweigend auf ein Princip verweisen [258]). So wird der Ausdruck exceptio in factum z. B. oft im Gegensatze von der exceptio doli gebraucht.

Der von Wening angedeutete Unterschied zwischen derjenigen exceptio doli, welche unsere Juristen exceptio doli specialis, und derjenigen, welche sie exceptio doli generalis nennen, lag bei den Römern zunächst darin, daß jene blos in den Worten bestand: „si in hac re nihil dolo malo actoris factum est", während bei dieser noch die Worte hinzukommen: „neque fit". Dieser Zusatz bezog sich auf die Arglist, welche die Römer darin finden, daß Jemand eine Klage bis zum judicium fortsetzt, obgleich er Facta kennt, wegen deren die condemnatio des Beklagten als iniqua erscheint, wenn auch nicht bei Gründung des Verhältnisses, aus welchem

---

254) fr. 3. v.: „et si quid contra Legem Senatusve consult. factum esse dicetur". D. de except. (44. 1.).

255) Dies gilt von den meisten Exceptionen; z. B. von der exc. pacti conventi, von der exc. doli, von der exc. rei vend. et. trad.

256) z. B. die exceptio dominii gegen die Publiciana in rem actio.

257) S. die Noten 10. und 11.

258) Wening Note w.

geklagt wird, ein eigentlicher dolus begangen worden ist, wie er zur s. g. exceptio doli specialis erfordert wird. Daß die Facta, welche die condemnatio zur iniqua machen, erst während des Processes Statt finden, wie Wening einmal zu sagen scheint, ist nicht erforderlich. Durch den fraglichen Zusatz wurde die exceptio doli geeignet, die Stelle von gar vielen specieller abzufassenden Exceptionen, ja fast von allen anderen Exceptionen auf den Fall zu vertreten, wenn der Kläger die ihm entgegenstehenden Facta kennt. Ich sage: „fast von allen“. Denn nicht jeder Umstand, worauf eine exceptio gegründet werden kann, macht die condemnatio wirklich zur iniqua, auch heißt es in den Pandekten nur von den exceptiones in factum, wo eine solche begründet sey, da könne — natürlich unter Voraussetzung der Wissenschaft, — die exceptio doli gebraucht werden. Von vielen einzelnen Exceptionen hat Hänle[259]) das Gesagte speciell nachgewiesen. Das braucht wohl nicht besonders bemerkt zu werden, daß Diejenigen wörtlich genommen, etwas von dem Gesagten ganz Verschiedenes behaupten, welche sich so ausdrücken: der Ausdruck exceptio doli generalis bezeichne alle oder fast alle Exceptionen.

C) Erfordernisse und Wirkungen.

Diese gibt der §. 54. an. In dem, was dort von der exceptio spolii und von dem Retentionsrechte des Pfandgläubigers gesagt wird, liegen keine Ausnahmen von dem unmittelbar vorhergehenden Satze, sondern Ausnahmen von dem Texte der Note z. — Von dem Unterschiede zwischen der Wirkung der peremtorischen und der dilatorischen Einreden war schon oben bei Gelegenheit dieser Eintheilung die Rede.

D) Verlust der Einreden.

Darüber §. 55. Die Bemerkung unter 2. bezieht sich auf den durch das citirte Reichsgesetz eingeführten processualischen Satz, daß die zur Zeit der Vernehmlassung des Be-

[259]) Archiv. f. d. civ. Praxis B. 12. H. 3. Nr. 20.

klagten über den Klagegrund (der litis contestatio in dem heutigen Sinne) schon begründeten, und dem Beklagten bekannten Einreden, wenn sie erst später vorgebracht werden, nicht zu berücksichtigen sind. Auf die Regel unter 4. werde ich unten wieder zurückkommen, wenn von der Wirkung drr Klagenverjährung die Rede seyn wird.

E) Von den Repliken, Dupliken u. s. w.

Auch diese Rechtsmittel [260]) kamen erst durch das Verfahren per formulam auf. Die eingeführten Ausdrücke bezeichnen ursprünglich auch Clauseln, die von der Obrigkeit auf Verlangen einer Parthei in die formula gesetzt wurden, und erst später die betreffende Einwendung selbst. Auch diese Einwendungen müssen sich auf selbstständige Umstände gründen, und dürfen nicht in einem bloßen Widerspruch gegen dasjenige bestehen, wodurch der Gegner sein Recht (seine exceptio, seine replicatio) u. s. w. begründen will. Das Uebrige gibt der §. 56. an.

IV. Von den Cautionen.

Darüber s. §. 57. und 58., wozu ich nur folgende abgerissene Bemerkungen zu machen habe.

Zu den cautiones im weitesten Sinne zählen die Römer z. B. auch Schuldscheine und Quitungen. — Die Verpflichtung zur Erneuerung oder Ergänzung einer Caution tritt natürlich ohne besonderen Grund da nicht ein, wo sie rein freiwillig bestellt worden ist. — Eine bloße repromissio, die bei den Römern immer in einer Stipulation besteht [261]), hat bald den Vortheil, daß sie eine Klage bewirkt, die ohne sie nicht Statt finden würde, wie z. B. die cautio de damno infecto; bald den, daß statt eines unbestimmten Gegenstandes ein bestimmter ausbedungen wird, wie z. B. durch die stipulatio duplae wegen der Eviction. Bei uns vertreten schriftliche

---

[260]) Das Folgende wird bewiesen durch Gaj. IV. §. 126 — 129.

[261]) Tit. D. de stipul. praetor. (46. 5.).

Reverse oder Reversalen ihre Stelle [262]). — Satisdatio ist der technische Ausdruck für die Bürgschaftsstellung [263]).

V. Von den richterlichen Verfügungen.

A) Allgemeine Einleitung.

Zu den einleitenden Bemerkungen, welche Wening im §. 59. gibt, habe ich folgende hinzuzufügen.

Ueber die in der Note q. berührten römischen Benennungen: jurisdictio, imperium, mixtum imperium, und merum imperium, sind die angeführten Schriftsteller nicht ganz einig. Hier mag darüber Folgendes genügen [264]). Unter jurisdictio verstehen die Römer im Ganzen nur das, was wir Civil-, nicht auch das, was wir Criminaljurisdiction nennen. Den mit jurisdictio im römischen Sinne versehenen höheren Obrigkeiten als solchen wird ein mixtum imperium zugeschrieben, bei welchem es streitig ist, ob es die vollkommene jurisdictio selbst bezeichnet, oder nur denjenigen Theil der Amtsgewalt dieser Personen, vermöge dessen sie Befehle erlassen können, die nicht eigentlich zur Rechtsprechung gehören, aber doch mit dieser zusammen hängen, wie z. B. die Ertheilung einer bonorum possessio; wie man denn überhaupt darüber streitet, ob die Römer die jurisdictio für einen Theil des imperii, als der gesammten Amtsgewalt der Magistrate, ansehen, und folglich da, wo sie von dem den Rechtsprechenden Obrigkeiten zustehenden imperio sprechen, damit nur die jurisdictio selbst bezeichnen, oder ob sie das imperium als etwas von der jurisdictio verschiedenes ansehen, so daß das den Rechtsprechenden Obrigkeiten zugeschriebene imperium als ein Zusatz zu der eigentlichen jurisdictio erscheint. Von dem merum imperium

---

262) Schweppe röm. Privatrecht B. 1. §. 185.

263) fr. 1. D. qui satisd. cog. (2. 8.).

264) Der Hauptsitz dieser Lehre in den Quellen ist: Tit. Dig. de offic. ejus cui mand. (2. 51.), u. Tit. D. de jurisdictione (2. 1.).

endlich ist es gewiß, daß die Römer die Criminaljurisdiction darin finden, aber streitig ist es, ob sie nur die Criminaljurisdiction damit bezeichnen, oder überhaupt die magistratische Gewalt, die den Rechtsprechenden Obrigkeiten im römischen Sinne nicht als solchen zustand.

Den Ausdruck voluntaria jurisdictio, welcher heutzutage von der ganzen Rechtspolizei gebraucht wird, gebrauchen die Römer, wie auch der angeführte Heffter bemerkt, offenbar nur von der obrigkeitlichen Mitwirkung bei denjenigen Rechtsgeschäften, die dadurch abgeschlossen wurden, daß dasjenige, was dem einen Theile übertragen werden sollte, von diesem oder von seinem Stellvertreter, wie wenn es ihm schon gehörte, vindicirt, von dem übertragenden Theile zugestanden, und von der Obrigkeit zugesprochen wurde, was bekanntlich bei der vorzugsweise sogenannten in jure cessio, bei der alten datio in adoptionem und bei der alten emancipatio der Fall war. Da die Obrigkeit hier wirklich dem einen Theile ein Recht zusprach, und da dieselben Formen beobachtet wurden, wie wenn dieses Recht streitig gemacht werden sollte, so konnte man hier allerdings von einem jus dicere, also von einer jurisdictio, sprechen; weil aber über das zuzusprechende Recht kein Streit war, so konnte man diese jurisdictio recht gut durch den Namen voluntaria von der gewöhnlichen, von der contentiosa jurisdictio unterscheiden [265]) — Bei den Acten der voluntaria jurisdictio in diesem Sinne wurde auch nach der lex Aebutia, so lange sie vorkamen, immer derselbe Weg eingeschlagen, wie wenn die sacramenti actio, wozu die vindicatio sonst bekanntlich eine Einleitung ist, wirklich Statt finden sollte. Sie wurden als wahre legis actiones angesehen und konnten daher nur bei denjenigen Obrigkeiten vorkommen, apud quos legis actio erat [266]).

Der Ausdruck richterliche Erkenntnisse bezeichnet nach dem herrschenden Sprachgebrauche nur diejenigen rich-

[265]) Weiter geht die Stelle der Note s. nicht.

[266]) fr. 4. D. de adoptionib. (1. 7.); fr. 99. pr. D. de V. S. (50. 16.).

terlichen Verfügungen, welche man auch Decisivdecrete nennt, nicht auch die einfachen Decrete. Dies ist der Grund, warum ich der Rubrik von Wening eine andere substituirt habe. Auch wird der Ausdruck decreta bei den Römern in einem engeren Sinne gebraucht, als bei uns, nämlich von Entscheidungen der Rechtsprechenden Obrigkeit, welche causa cognita gegeben werden [267]). Man denke nur an die decretalis bonorum pessessio im Gegensatze von der edictalis.

B) Von der res judicata.

1) Erfordernisse.

Was zu einer res judicata im römischen Sinne, d. h. zu einem gültigen Decisivdecret oder Urtheil, und was noch weiter zu einer res judicata im Sinne des canonischen Rechts, d. h. zu einem rechtskräftigen Urtheile, erforderlich ist, gibt der §. 60. richtig an. — Der Satz, daß eine sententia contra jus in thesi clarum nichtig, und folglich keiner Rechtskraft fähig sey, ist für Deutschland durch den jüngsten Reichsabschied [268]) insoweit abgeändert, als bei der Anfechtung derselben die nämlichen Fristen eingehalten werden müssen, wie wenn ein gültiges Urtheil als sententia iniqua durch ordentliche Rechtsmittel anzugreifen ist.

2) Wirkungen derselben.

Darüber §. 61., wozu ich Einiges zu bemerken habe.

Durch ein rechtskräftiges Urtheil konnte bei dem Verfahren per legis actionem der Anspruch des Klägers ipso jure [269]) aufhören, und selbst bei dem Verfahren per formulam war dieses in gewissen Sachen der Fall [270]). In anderen dagegen erhielt der Beklagte schon hier nur eine exceptio, die

---

[267]) fr. 3. §. 8. D. de B. P. (37. 1.); fr. 2. §. 1. D. quis ordo (38. 15.).

[268]) I. R. A. oder R. A. v. 1654. §. 121. 122.

[269]) Gaj. IV. §. 108.

[270]) Gaj. IV. §. 103—107.

exceptio rei judicatae [271]), und nach dem Justinianeischen Rechte [272]) erhält er immer nur diese.

Zur actio judicati, wie zur exceptio rei judicatae, soll nach Wening erforderlich seyn, daß der neue Streit unter denselben Personen Statt findet, wie früher, und daß die neue Klage auf demselben Grunde beruht, denselben Zweck hat und auf denselben Gegenstand geht. — Die Personen betreffend, gibt Wening mehrere Modificationen an. Man muß hinzufügen, daß diese Rechtsmittel auch auf die nachherigen Singularsuccessoren activ und passiv übergehen [273]). Als Singularsuccessor der Parthei ist auch derjenige anzusehen, welchem sie ein jus in re aliena an der betreffenden Sache bestellt hat. Aber dieses muß nachher geschehen seyn, wenn die fragliche Wirkung eintreten soll [274]). Nur wenn es während des Processes erst geschehen ist, möchte es anzusehen seyn, wie wenn es nach dem Urtheile geschehen wäre. Die Stelle, die dieses letztere sagt [275]), redet freilich nur von einem Pfandrechte, welches von dem Kläger constituirt worden ist. Aber offenbar wendet sie nur ein allgemeines Princip auf einen vorgelegten speciellen Fall an; und es ist deshalb unrichtig, wenn Wening unter 4. das Gesagte, wie es scheint auf diesen speciellen Fall beschränken will. In keinem Falle kann umgekehrt aus einem Urtheile, welches für oder gegen den successor gesprochen worden ist, eine exceptio rei judicatae oder eine actio judicati für oder gegen den auctor abgeleitet werden [276]). — Was die Identität des Klagegrundes betrifft, so war bei den Römern ein großer Unterschied zwischen persönlichen und dinglichen Klagen. Bei den persönlichen wurde der Vertrag, das Delict u. s. w., kurz das Factum, worauf sich die zu verfolgende obligatio gründen soll, speciell angegeben, und

---

271) Gaj. l. c.

272) §. 5. I. de except. (4. 13.).

273) fr. 9. §. 2. fr. 10. fr. 11. §. 3. 9. fr. 28. D. de exc. rei jud. (44. 2.); fr. 25. §. 8. D. fam. herc. (10. 2.); fr. 3. §. 1. D. de pignorib. (20. 1.). Keller a. a. O. Zimmern §. 140.

274) fr. 29. §. 1. D. de exc. rei jud. (44. 2.).

275) fr. 11. §. 10. eod. tit.

276) fr. 9. §. 2. D. de exc. rei jud. (44. 2.).

zur Zeit des Formularprocesses in die formula aufgenommen, und wenn daher in einem neuen Proceß eine gleiche obligatio auf ein anderes Factum gestützt wurde, so stand der neuen Klage das frühere Urtheil nicht im Wege [277]). Bei Anstellung der dinglichen Klagen dagegen wurde in der Regel die angebliche Entstehung des in Frage stehenden Rechts nicht angegeben, sie wurde daher auch nicht in die formula aufgenommen. Die Entscheidung gegen den Kläger hatte deswegen den Sinn, daß demselben das fragliche Recht jetzt aus keinem Grunde zustehe; und wollte er es in einem neuen Processe wieder in Anspruch nehmen, so stand ihm die exceptio rei judicatae nur dann nicht entgegen, wenn er sich auf einen nach dem Urtheile erst eingetretenen Grund berief. Inwiefern ausnahmsweise die Entstehung des Rechts in die Klage aufgenommen, und dadurch bewirkt werden konnte, daß ein dem Kläger ungünstiges rechtskräftiges Endurtheil einer neuen Klage, die auf ein anderes, wenn auch in die Zeit vor dem Urtheil fallendes, Factum gegründet wurde, nicht entgegen stand, darüber ist Streit [278]). Heutzutage aber, wo schon bei der ersten Anstellung der Klage die Thatsachen, auf welche sie gestützt werden soll, genau angegeben werden müssen, möchte diese römische Eigenthümlichkeit der dinglichen Klagen ganz wegfallen.— Der Satz, daß die neue Klage denselben Gegenstand betreffen müsse, wie die frühere, wenn die exceptio rei judicatae Statt finden soll, kann leicht unrichtig angewendet werden. Wenn z. B. der erste Proceß sich auf ein Ganzes bezieht, und der neue einen Theil des Ganzen betrifft, oder wenn umgekehrt dem Kläger zuerst ein Theil abgesprochen worden, und er nun das Ganze in Anspruch nimmt, so ist häufig der Gegenstand als derselbe anzusehen. Zuweilen tritt

[277]) fr. 14. pr. fr. 27. eod. tit.; fr. 93. §. 1. D. de legat. III. (32.); fr. 28. §. ult. D. de liberat. leg. (34. 3.); fr. 18. D. de O. et A. (44. 7.).

[278]) Ueber das Ganze s.: fr. 11. §. 1. 4. 5. fr. 14. §. 1.—3. fr. 21. §. 3. fr. 25. 27. fr. 30. pr. D. de exc. rei jud. (44. 2.); fr. 43. §. 9. D. de Aed. ed. (21. 1.); fr. 25. §. 1. D. de lib. caus. (40. 12.).

aber freilich das Gegentheil ein; so z. B. bei dem tignum junctum, weil dieses, so lange es mit dem Gebäude verbunden ist, nicht einzeln vindicirt werden kann, nach erfolgter Trennung aber das alte Eigenthum daran in der Regel wieder vollkommen wirksam wird [279]. — Daß auch der Zweck der neuen Klage derselbe seyn müsse, damit die exceptio rei judicatae begründet sey, ist in den Quellen nirgends gesagt, und Wening selbst geht auch in der Lehre von dem Concurse der Klagen von dem Gegentheile aus [280]. — Auch daß man dieselbe Klage anstelle, mit der man früher abgewiesen worden, ist zur exceptio rei judicatae nicht erforderlich. Dies sagen die Quellen ausdrücklich [281]; und zwei Stellen, in welchen man das Gegentheil könnte finden wollen [282], erklären sich daraus, daß sie von Fällen reden, in welchen die neue Klage auf einen ganz andern Grund gebaut wird, als die alte. Die eine spricht nämlich dem Beklagten die exceptio rei judicatae ab, welcher früher in possessorio, wo es auf den juristischen Besitz ankam, den Sieg davon getragen hat, und nun mit der rei vindicatio belangt wird, bei welcher es auf das Eigenthum ankommt; und die andere sagt, wenn der Kläger mit der Eigenthumsklage abgewiesen worden sey, welche sich auf die Behauptung stützte, er sey bereits Eigenthümer, so sey er nicht deswegen mit einer condictio abzuweisen, welche sich auf die Behauptung stützt, der Beklagte sey obligirt, ihn zum Eigenthümer zu machen.

Mit dem am Ende dieses §. vorkommenden Ausdrucke außerordentliche Rechtsmittel werden diejenigen Mittel zur Umstoßung eines gerichtlichen Urtheils bezeichnet, deren Gebrauch nicht, wie der Gebrauch der ordentlichen Rechtsmittel, z. B. der Appellation, an die gewöhnlichen kurzen Fristen gebunden ist, weil sie nicht die Bestimmung haben, eine Abänderung desselben vor eintretender Rechtskraft her-

[279]) Einzelne Beispiele der einen und der anderen Art findet man in fr. 7. §. 2—4. fr. 11. §. 3. fr. 27. 28. D. 44. 2.

[280]) S. oben §. 62. S. 116. Note d.

[281]) fr. 3. 5. fr. 7. §. 4. D. 44. 2.

[282]) fr. 14. §. 3. fr. 31. cod. tit.

beizuführen. Der Grund, warum nach Ablauf dieser Fristen noch ein Rechtsmittel gebraucht werden kann, liegt entweder darin, daß das Urtheil ungültig und deswegen keiner Rechtskraft fähig ist, oder darin, daß Umstände vorhanden sind, wegen deren, obgleich es rechtskräftig und deswegen der Strenge nach unabänderlich ist, doch durch das Gericht erklärt werden kann, es solle als nicht vorhanden angesehen werden. Es gibt daher zwei außerordentliche Rechtsmittel gegen gerichtliche Urtheile, die Nichtigkeitsbeschwerde und das Gesuch um in integrum restitutio. Nur das letztere, nicht auch das erstere setzt ein rechtskräftiges Urtheil voraus; die letzte Aeußerung des §. ist also nicht ganz richtig.

C. Von der missio in possessionem.

Von dem Begriffe, von den Eintheilungen und von den Voraussetzungen dieser richterlichen Verfügung ist in dem §. 62. die Rede.

Die Eintheilungen betreffend habe ich zweierlei zu bemerken. — Die Quellen gebrauchen den Ausdruck missio in bona nur von der Einweisung in den Besitz eines ganzen Vermögens. Im Gegensatze davon bezeichnen sie die Einweisung in den Besitz einzelner Sachen mit dem Ausdruck missio in rem [283]). — Es gibt allerdings außer dem Falle der verweigerten cautio de damno infecto keinen Fall, in welchem nach dem römischen Rechte die bereits immittirte Person in den Besitz derselben Sache noch durch ein zweites Decret eingewiesen wird, und es ist daher auffallend, daß unsere Juristen alle missiones in possessionem eintheilen in missiones ex primo und missiones ex secundo decreto. Allein das Verhältniß zwischen jenen beiden Einweisungen, und der Sinn der von unseren Juristen daran angeknüpften Eintheilung, wird im Lehrbuche nicht richtig angegeben. Die erste Einweisung in dem angegebenen Falle gibt dem Eingegewiesenen nur die Erlaubniß, die Detention zu ergreifen, mit den Wirkungen, die im folgenden §. angegeben werden;

---

[283]) fr. 4. D. quib. ex caus. in poss. eatur (42. 5.).

die zweite dagegen erklärt den bisherigen bloßen Detentor zum juristischen Besitzer und zum Eigenthümer. Unseren Juristen gibt dieses Veranlassung, jede Einweisung in die bloße Detention missio ex primo decreto, dagegen die Einweisung in den juristischen Besitz und in das Eigenthum missio ex secundo decreto zu nennen.

Als Voraussetzung wird nirgends in den Quellen allgemein verlangt, daß das Recht, wegen dessen die Einweisung Statt finden soll, unbedingt und unbetagt sey. Auch ist die missio legadorum servandorum causa nur für bedingte und betagte Vermächtnisse eingeführt [284]). Nur von der missio rei servandae gratia wird in dem citirten fr. 14. gesagt: sie werde dem conditionalis creditor nicht gegeben; und als Grund wird angegeben, daß, wie auch eine andere Stelle [285]) sagt, dieser auf keinen Fall zum Verkauf schreiten dürfe. Wenn nun derselbe Paulus, von welchem das fr. 14. herrührt, in dem fr. 6. sagt: „In possessionem mitti solet creditor, et si sub conditione ei pecunia promissa sit"; so hat dieses offenbar nur den Sinn: man pflege auch einen solchen Gläubiger einzuweisen, wiewohl es eigentlich nicht geschehen sollte, und der Eingewiesene auf keinen Fall vor Existenz der Bedingung zum Verkauf schreiten dürfe.

Von den Wirkungen, aber nur von denen der s. g. missio ex primo decreto, handelt der §. 63. Das Eigenthum, welches durch die s. g. missio ex secundo decreto erworben wird, war vor Justinian nur bonitarisches, weil es sich auf ein prätorisches Institut gründet.

Einzelne Fälle der missio in possessionem werden aufgezählt in dem §. 64. — In dem ersten der dort angeführten Fälle tritt jetzt nach dem angeführten Reichsgesetze die Fiction einer verneinenden Einlassung mit Verlust aller

---

[284]) Von ihrer Anwendung auf bedingte Vermächtnisse ist auch in demselben fr. 14. (nämlich im §. 1.) die Rede, welches Wening in der Note z. als scheinbar widersprechend anführt.

[285]) fr. 7. §. 14. eod. tit. Die betagte Forderung wird hier der bedingten gleichgestellt.

Einreden an die Stelle der missio. Die übrigen Fälle werden wir im speciellen Theile näher kennen lernen. Namentlich auch die Streitfragen: ob die missio legatorum servandorum causa nach dem Justinianischen Rechte noch vorkommen soll, und ob für die Fälle unter 4. die Benennung decretalis bonorum possessio, von welcher auch Wening bemerkt, daß sie nicht blos hier vorkomme, mit Recht gebraucht wird, oder nicht.

D. Von der Sequestration.

Darüber §. 65. Es ist unrichtig, wenn man zuweilen die Sequestration definirt als depositum rei litigiosae. Denn erstens ist der Gegenstand, wie auch Wening heraushebt, nicht immer im Streit befangen; zweitens ist er nicht immer eine Sache, sondern zuweilen auch eine Person, und zwar nicht erst nach dem canonischen Rechte, wo von Sequestration einer Braut die Rede ist [286], sondern schon nach dem römischen Rechte, welches in dem Falle des interdicti de liberis ducendis den angeblichen filiusfamilias unter Umständen auch sequestrirt haben will [287]; drittens ist die Sequestration nicht immer ein contractus depositi, indem sie zuweilen in einer Niederlegung an einem heiligen Orte [288] besteht, der Sequester auch seine Functionen nicht immer unentgeldlich übernimmt, und zuweilen die Sache nicht blos aufzuheben, sondern auch zu administriren hat; endlich ist viertens das depositum rei litigiosae nicht immer eine Sequestration, nämlich alsdann nicht, wenn der Besitzer den Vertrag für sich, z. B. wegen Feuersgefahr, abschließt. Den aus der Sequestration, wenn sie ein Vertrag ist, entspringenden Klagen legt man außer dem von der Art des Vertrags herrührenden sonstigen Namen, z. B. actio depositi oder mandati oder locati oder conducti, noch das Prädicat sequestraria bei [289].

---

286) c. 14. X. de sponsalib. (4. 1.).

287) fr. 3. §. 4. 6. D. de liberis exhibendis item ducendis (43. 30.).

288) fr. 1. §. 37. D. depos. (16. 3.).

289) fr. 12. §. 2. D. depos. (16. 3.).

E) Von Arresten.

Darüber s. §. 66.

VI. Von einigen processualischen Handlungen der Partheien.

A. Litis contestatio.

1) Begriff derselben.

Der Begriff von litis contestatio hat im Laufe der Zeit mehrmals gewechselt.

a) In dem Verfahren per legis actionem bezeichnete der Ausdruck litis contestatio [290]) die den Schluß des Verfahrens vor der Obrigkeit bildende, von beiden Partheien geschehende, feierliche Aufrufung der bei den Verhandlungen in jure zugezogenen Zeugen, in judicio über das dort Vorgegangene nöthigenfalls Zeugniß abzulegen [291]); welches letztere hier deswegen nöthig werden konnte, weil die Obrigkeit keine Instruction ausstellte, aus welcher zu ersehen war, was vor ihr vorgegangen ist.

b) Wahrscheinlich auch schon in dem Proceß mit legis actio [292]), gewiß aber in dem Verfahren per formulam, wo die litis contestatio in dem ersten Sinne nicht vorkam, wurde dieser Ausdruck von dem Schluß des Verfahrens in jure, oder auch von dem ganzen Verfahren in jure, gebraucht [293]), so daß die Ausdrücke: judicium constitutum [294]), res in judi-

---

[290]) Keller a. a. O. S. 1. fgg. Zimmern §. 109. Eine Prüfung der Ansicht von M. S. Mayer (die litis contestatio, geschichtlich dargestellt. 1. Abth. Stuttg. 1830.), daß die litis contestatio per aes et libram geschehen sey, muß den Vorlesungen und Büchern über die römische Rechtsgeschichte überlassen werden.

[291]) Festus v. contestari. Vgl. Ulp. Fragm. Tit. 20. §. 9.; fr. 20. §. 8. D. qui testam. fac. (28. 1.); fr. 40. pr. fr. 238. §. 1. D. de V. S. (50. 16.).

[292]) Keller S. 1—11.

[293]) Keller S. 8.

[294]) Cic. orat. part. c. 28.; de invent. Lib. 2. c. 19.; orat. pro Caec. c. 3.; fr. 48. pr. D. de mort. caus. don. (39. 6.).

cium deducta [295]) und lis contestata [296]), gleichbedeutend waren.

c) In dem neuen römischen Proceß ohne judex versteht man unter litis contestatio die ersten gerichtlichen Verhandlungen, bei welchen die Obrigkeit noch als Obrigkeit und noch nicht als judex fungirt [297]), oder auch den Schluß dieser Verhandlungen. Lis contestata est, heißt also: die Sache ist so weit gediehen, daß die Obrigkeit nun ihre Functionen als judex anzutreten hat; das Verfahren in jure ist beendigt. Die neue Bedeutung ist mithin ganz die unter b. angegebene ältere, nur mit der doppelten Modification, daß einmal die Sache jetzt nicht mehr durch die litis contestatio an eine andere Person als judex kommt, und daß zweitens die litis contestatio seit Constantins Söhnen nicht mehr durch Abfassung einer formula geschlossen und resp. vorgenommen wird.

d) Was im heutigen Proceß unter litis contestatio zu verstehen ist, gibt Wening in §. 67. richtig an. Uebrigens darf man nicht übersehen, daß man heutzutage unter Klagegrund nicht das Ganze versteht, was die Römer mit dem Ausdruck intentio bezeichnen, sondern nur denjenigen Theil dieses Ganzen, wogegen ein Widerspruch nach dem Obigen den Namen exceptio im eigentlichen Sinne auch heutzutage nicht führt.

2) Wirkungen.

Die Hauptwirkung der litis contestatio, von welcher die übrigen mehr oder weniger als Consequenzen anzusehen waren, bestand bei dem Verfahren per legis actionem [298]) und bei dem per formulam darin, daß sie eine necessaria novatio

---

[295]) Gaj. III. §. 180. 181. IV. §. 106 — 108.; fr. 31. D. de judic. (5. 1.); c. un. C. de litis cont. (3. 9.); c. 2. C. de pet. her. (3. 31.).

[296]) Cic. pro Roscio comoedo c. 11.; Gaj. III. §. 180. 181.; fr. 16. 17. D. de procur. (3. 3.); fr. 25. D. de R. V. (6. 1.); fr 25. §. 8. D. de aed. ed. (21. 1.).

[297]) c. un. §. 1. Cod. Theod. de act. certo temp. fin. (4. 14.); c. 14. §. 1. C. de judic. (3. 1.); c. 2. pr. C. de jurejur. propt. calumn. (2. 59.); c. 33. C. de donat. (8. 54.). Nov. 53. c. 3.; Nov. 82. c. 10. in f. Nov. 96. c. 1. Zimmern §. 146.

[298]) Gaj. IV. §. 108.

enthielt und zwar eine privative. An die Stelle des bisherigen Rechtsverhältnisses trat jetzt die Pflicht, durch den judex, oder die centumviri oder die recuperatores, ein Urtheil, und zwar in dem Verfahren per formulam das dem judex oder den recuperatores in der formula aufgetragene Urtheil, sprechen zu lassen; so wie diese Pflicht wieder durch das Urtheil aufhörte, und wenn dieses condemnatorisch war, die neue Pflicht des Beklagten das Urtheil zu befolgen an ihre Stelle trat. Die negative Wirkung dieser Novation, das Aufhören, die Consumtion des bisherigen Anspruchs, trat, wie beim Urtheil, im Falle der legis actio immer ipso jure, im Falle der formula nur in gewissen Fällen ipso jure und in den andern ope exceptionis ein, und die hier Statt findende exceptio hieß: exceptio rei in judicium deductae [299].

Das neueste römische Recht erkennt die durch das Urtheil herbeigeführte privative Novation noch an; jedoch besteht die negative Wirkung, welche übrigens im Falle der Beurtheilung immer noch eben so eintritt, wie im Falle der Abweisung des Klägers, nie mehr in einem Aufhören ipso jure, sondern immer nur darin, daß die exceptio rei judicatae zuläßig ist [300]. Dagegen die litis contestatio hat keine negative Wirkung mehr, und man kann daher auch nicht mehr von einer in derselben liegenden necessaria novatio sprechen. Dieses geht schon daraus hervor, daß in dem Corpus Juris von dieser Wirkung keine Rede ist, und dazu kommen noch Verordnungen von Theodos II. [301] und Justinian [302], wodurch die neue Anstellung einer bereits bis zur Litiscontestation gediehenen Klage ausdrücklich gestattet wird. Anders ist es mit den positiven Wirkungen.

---

299) Gaj. III. §. 180. IV. §. 103 — 109. Keller S. 85. fgg. S. 111 — 120.

300) §. 5. I. de except. (4. 13.).

301) c. un. §. 1. Cod. Theod. de actionib. certo temp. fin. (4. 14.); c. 3. C. de XXX. vel XL. annor. praescr. (7. 39.).

302) c. 9. C. eod. tit.; c. 1. §. 1. C. de annali exc. Ital. contr. toll. (7. 40.).

Auch die heutige litis contestatio hat im Ganzen die Wirkungen, welche die römische unter Justinian hatte. Das heutige Recht ist im §. 68. im Ganzen richtig angegeben, jedoch habe ich Folgendes zu bemerken:

Was den Uebergang der Pönalklagen auf die Erben des Thäters betrifft, so möchte immer noch das römische Recht gelten; denn das Reichsgesetz, wodurch dieses nach Franckes Behauptung abgeändert worden seyn soll, redet nicht von eigentlichen Pönalklagen, sondern von Klagen auf Rückgabe und Schadensersatz. Nach dem neuesten römischen Rechte kommt es aber darauf an, ob bei den Lebzeiten des Thäters lis contestirt ist, oder nicht. Das angeführte fr. 33., welches zu widersprechen scheint, kann ich freilich nicht mit Glück und Francke aus fr. 10. §. 2. D. si quis cautionib. in judicio sistendi factis non obtemp. (2. 11.) erklären, wo von dem Falle die Rede seyn soll, wenn die litis contestatio durch Schuld des Verstorbenen verzögert worden ist. Denn diese Stelle enthält gar nichts hierher Gehöriges und namentlich auch nicht die von Glück angeführten Worte derselben; weshalb ich vermuthen muß, sie sey nur unrichtig citirt. Allein nicht blos mehrere Pandektenstellen [303]), zum Theil von demselben Paulus, von welchem das fr. 33. herrührt, sagen, es komme auf die litis contestatio an, sondern auch ein in den Codex aufgenommenes Rescript von Diocletian und Maximian [304]) und eine Institutionenstelle [305]).

Die Verjährung der actiones perpetuae wird nicht schon durch Anstellung der Klage, sondern erst durch Mittheilung derselben an den Beklagten, regelmäßig unterbrochen. Dies sagt schon das Einführungsedict von Theodos [306]) ausdrücklich, und die Stellen der Note d. dienen zur Bestäti-

---

[303]) fr. 24. pr. D. de liberali causa (40. 12.); fr. 26. 58. cit.; fr. 28. D. de injur. (47. 10.). fr. 87. D. de R. I. (50. 17.); fr. 164. cit.

[304]) c. un. C. ex delictis defunctor. in quantum heredes conveniantur (4. 17.).

[305]) §. 1. cit.

[306]) S. Note 44.

gung. Bei den actiones temporales ist noch mehr erforderlich. Bei diesen wird die kurze Verjährung auch im neuesten Rechte erst durch litis contestatio unterbrochen. Es sind nämlich mehrere Stellen in die Pandekten aufgenommen, die dieses sagen [307]), und keine neue Verordnung sagt das Gegentheil.

Die Wirkung dieser Unterbrechung ist bei den actiones temporales dieselbe, wie bei den perpetuae. Dort wie hier läuft keine Klagenverjährung, so lange der Proceß fortgesetzt wird; sie fängt dagegen von Neuem zu laufen an, wenn er liegen bleibt, und dann müssen dort wie hier 40 Jahre vom Augenblicke der letzten Proceßhandlung an gerechnet, ablaufen, damit es zu dieser Verjährung kommt. Man hat zwar, wie in der Note e. angedeutet wird, die Behauptung aufgestellt, nur die Klagen die an sich perpetuae sind, bedürfen zu ihrer Verjährung nach geschehener gerichtlicher Unterbrechung 40 Jahre, bei den actiones temporales reiche eine kürzere Zeit hin, die man verschieden angab. Aber die Gesetze [308]) machen, wie Linde in der angeführten Abhandlung nachzeigt, eine solche Distinction durchaus nicht.

B. Beweisführung.

Was aus diesem Theile der Proceßtheorie in die Pandekten aufgenommen werden muß, das kommt in den §§. 69. und 70. vor.

C. Confessio.

Darüber §. 71., wozu ich nur über die confessio in jure Einiges zu bemerken habe.

Der Satz: confessi pro judicatis habentur, der schon den zwölf Tafeln angehört, gilt nur von den in jure confessis [309]), und wörtlich nur von dem debitor certae

[307]) fr. 9. §. 3. D. de jurejur. (12. 2.); fr. 8. in f. D. de fidejussorib. et nominatorib. et heredib. tut. et cur. (27. 7.); fr. 29. in f. D. de novat. et delegat. (46. 2.); fr. 24. pr. D. de lib. caus. (40. 12.); fr. 87. 139. pr. D. de R. I. (50. 17.).

[308]) c. un. Cod. Theod. de act. certo temp. fin. (4. 41.); c. 39. C. de XXX. vel XL annor. praescr. (7. 39.); c. 1. C. de annali exc. (7. 40).

[309]) fr. 56. in f. D. de re judic. (42. 1.); c. un. C. de confessis (7. 59.).

pecuniae, welcher in jure seine Schuld ohne erhebliche Einreden eingesteht. Gegen einen solchen soll das Executionsverfahren, und alles, was sonst durch die Verurtheilung bedingt ist, gerade eben so eintreten, wie wenn er auf die fragliche Summe wirklich verurtheilt wäre [310]). Mit diesem Falle hat denn auch die von Wening erwähnte actio confessoria nichts zu schaffen. Diese ist erst später eingeführt worden für andere Fälle. Wenn nämlich ein sonstiger Beklagter in jure das Recht des Klägers anerkennt, und sich die Partheien über die Art, wie es realisirt werden soll, nicht vereinigen, worauf die Obrigkeit hinzuwirken hat [311]), so soll ein judex niedergesetzt werden, der eine formula erhält, worin nicht die Frage, welcher Theil siegen solle, seiner Entscheidung anheim gestellt, sondern ihm in der Regel nur die Ausmittelung der Geldsumme, zu welcher er den Beklagten zu condemniren hat, und wenn die Hauptklage zu den arbitrariae actiones gehört, auch die Ertheilung des der eigentlichen Verurtheilung vorausgehenden jussus de restituendo oder de exhibendo etc. aufgetragen wird. Diese formula nun heißt formula oder actio confessoria. Allgemein wird sie eingeführt durch eine oratio D. Marci [312]). Vorher galt das Gesagte in zwei Fällen, nämlich bei der actio ex lege Aquilia, und wenn es sich um eine res certa handelte, die per damnationem legirt seyn sollte [313]). Nie wirkt eine confessio in jure gegen Dritte [314]). Immer setzt sie zu ihrer Gültigkeit voraus, daß das Eingestandene „jus et na-

[310]) Paul. S. R. L. 2. T. 1. §. 5. L. 5. T. 5. §. 2. 4.; fr. 21. D. de judic. (5. 1.); fr. 71. §. 2. D. de legat. I. (30.); fr. 31. D. de re judic. (42. 1.); fr. 1. — 4. fr. 6. pr. §. 1. 2. 6. D. de confessis (42. 2.); fr. 8. D. de cessione bonor. (42. 3.); c. 4. C. de repudianda vel abstinenda heredit. (6. 31.).

[311]) Diese Pflicht hatte sie schon vor Mark Aurel allgemein. fr. 6. pr. §. 1. D. de confess. (42. 2.).

[312]) fr. 56. D. de re judic. (42. 1.); fr. 6. §. 2. D. de confess. (42. 2.).

[313]) fr. 23. §. 10. 11. fr. 24. 26. D. ad leg. Aquil. (9. 1.); fr. 20. pr. D. de interrogat. in jure fac. (11. 1.); fr. 71. §. 3. D. de legatis I. (30.); fr. 61. D. ad. leg. Falcid. (35. 2.); fr. 3 — 5. D. de confess. (42. 2.).

[314]) fr. 20. pr. D. de interrog. in jure fac. (11. 1.).

turam recipere potest" [315]), und daß das Verhältniß, worüber sie abgelegt wird, der Privatdisposition unterworfen ist [316]).

Diese Regeln galten zur Zeit der formulae. Daß sie unter den christlichen Kaisern aufgehoben worden seyen, wird uns nicht nur nirgends gesagt, sondern es ist auch deswegen nicht anzunehmen, weil die ganze Lehre in das Corpus Juris aufgenommen worden ist. Es versteht sich aber von selbst, daß nach dem Justinianeischen Rechte ein Geständniß, um eine confessio in jure zu seyn, in dem ersten Verfahren, oder mit andern Worten ante litem contestatam, Statt finden muß, daß ferner in den Fällen, wo es früher zur formula confessoria kam, die Obrigkeit, wie in anderen Fällen, ohne formula die Functionen des judex versieht, und daß endlich die Verurtheilung da, wo sie überhaupt nicht mehr auf Geld geht, auch in dem Falle der confessoria actio nicht mehr darauf geht.

Die Frage: ob und in wie weit diese Regeln auch heutzutage noch in Anwendung zu bringen sind, wo die römische Abtheilung des Civilprocesses in ein Verfahren in jure und ein Verfahren in judicio nicht vorkommt, wo aber doch immer noch unterschieden wird zwischen dem, was ante, und dem, was post litem contestatam geschieht, — diese Frage will ich den Processualisten anheimstellen.

D. Interrogationes in jure.

Das prätorische Edict verordnet, daß derjenige, welcher als Erbe mit einer persönlichen Klage auf ein certum belangt wird, sich in jure auf Befragen erkläre: an et qua ex parte heres sit [317]). Der Kläger soll dadurch nicht nur von einem unnöthigen Beweis, sondern auch hauptsächlich von der Gefahr

---

315) fr. 14. §. 1. D. de interr. in jure fac. (11. 1.); vergl. mit fr. 23. §. 11. fr. 24. 25. pr. D. ad leg. Aquil. (9. 2.); fr. 4. 8. D. de confessis (42. 2.).

316) fr. 27. D. de statu hominum (1. 5.); c. 6. 24. 39. C. de liberali causa (7. 16.).

317) fr. 1. pr. fr. 2. — 6. fr. 9. pr. §. 1. 3. 4. 5. 7. fr. 11. §. 1. 2. 3. 5. 9. fr. 22. D. de interrog. in jure faciend. (11. 1.).

der pluris petitio befreit werden [318]. Eine bejahende Antwort verpflichtet den Beklagten, auch wenn sie unrichtig ist, wie ein Vertrag [319]. Die Verweigerung der Antwort, die unbestimmte Antwort und das fälschliche Läugnen bewirkt, daß er als heres ex asse behandelt wird [320]. Die Einräumung, und was derselben zur Strafe gleichgestellt wird, wurde im Formularproceß bei Abfassung der formula berücksichtigt, und diese hieß deswegen interogatoria formula oder actio [321]. Im neuen römischen Proceß geschah dieses freilich nicht mehr [322], aber die Obrigkeit nahm in ihrer Eigenschaft als judex darauf eben so Rücksicht, wie dieses früher in Folge der formula geschehen mußte, und häufig scheint die betreffende Frage erst in judicio gestellt worden zu seyn [323].

Auf diesen einen in dem prätorischen Edicte enthaltenen Fall blieben aber die interogationes in jure nicht beschränkt. Die classische Jurisprudenz verlangt, daß der Beklagte in jure Auskunft über den Grund gebe, aus welchem er die Erbschaft in Anspruch nehme, wenn die Obrigkeit durch eine summarische Untersuchung findet, daß dieses von großem Interesse ist [324]. Sie verlangt ferner, daß sich bei Noxalklagen der Beklagte auf Verlangen erkläre, ob er das Eigenthum und resp. die potestas habe, oder nicht [325]. Sie verlangt, daß er bei dinglichen Klagen erkläre, ob und wie weit er das Object besitze [326]. Sie verlangt, daß er, wenn es sich um die cautio de damno infecto handelt, erkläre, an et quota ex parte res sua sit [327]. Auch über das Alter soll der Beklagte unter Umständen in jure befragt werden können [328]. Ja, es wird der Obrigkeit überhaupt gestattet, in Fällen, wo es

318) fr. 1. pr. fr. 2. 3. fr. 4. pr. fr. 9. §. 3. fr. 11. §. 9. D. h. t. (11. 1.).

319) fr. 11. §. 1. 2. fr. 12. pr. D. h. t.

320) fr. 11. §. 4. — 7. h. t. fr. 18. §. 2. D. de probat. (22. 3.).

321) Rubr. fr. 1. §. 1. fr. 22. h. t.

322) fr. 1. §. 1. h. t.

323) fr. 1. §. 1. cit.

324) fr. 9. §. 6. h. t.

325) fr. 1. §. 15. D. si quadrup. paup. fec. dicatur (9. 1.); fr. 22. §. 4. fr. 26. §. 3. 5. D. de noxal. act. (9. 4.); fr. 7. 8. 15. 17. h. t.

326) fr. 80. D. de R. V. (6. 1.); fr. 20. §. 1. h. t.

327) fr. 10. fr. 20. §. 2. h. t.

328) fr. 11. §. 1. h. t.

die aequitas verlangt, interrogationes in jure zu gestatten [329]). Jedoch geht aus den namentlich genannten Beispielen hervor, daß nicht über den eigentlichen Klagegrund auf diese Weise gefragt werden kann, sondern nur über Verhältnisse des Beklagten, die der Kläger nicht leicht wissen kann, und die auf die Entscheidung mit Einfluß haben [330]).

Dieses sind die Bestimmungen des römischen Rechts über die interrogationes in jure faciendae. Auf welche Weise diese in unserem heutigen Civilproceß zur Anwendung zu bringen sind, das gehört in die Bücher und Vorlesungen, die diesem Proceß gewidmet sind.

VII. Von der Selbsthülfe.

A. Allgemeine Regeln.

Den Ausdruck Selbsthülfe gebrauchen unsere Juristen im weiteren Sinne für jeden Fall, wo man sich eigenmächtig Recht zu verschaffen sucht, man mag sich dabei angreifend oder abwehrend verhalten, man mag sich in den Schranken der Gesetze halten oder nicht, es mag endlich Staatshülfe möglich seyn oder nicht. Diese Selbsthülfe theilen sie aber ein in Selbstvertheidigung und Selbsthülfe im engern Sinne. Gewöhnlich gebraucht man den ersten Ausdruck von dem Falle, wenn man sich abwehrend, und den letzten von dem Falle, wenn man sich angreifend verhält. Wening dagegen versteht mit der angeführten Abhandlung von Linde unter Selbsthülfe im engeren Sinne jede Selbsthülfe, die deswegen unnöthig ist, weil Staatshülfe möglich ist, und unter Selbstvertheidigung jede Selbsthülfe, die nöthig wird, weil der Staat nicht zu helfen vermag. Offenbar ist die Etymologie auf der Seite des ersten gewöhnlichen Sinnes.

---

329) fr. 21. h. t.

330) Die Strafe des Ungehorsams und der Lüge sind in den einzelnen speciell genannten Fällen verschieden. Im speciellen Theile wird davon die Rede seyn.

Die Frage, inwieweit die Selbsthülfe im weiteren Sinne erlaubt, und inwieweit sie verboten sey, beantwortet das römische Recht nicht zu allen Zeiten auf gleiche Weise.

Die Selbstvertheidigung war offenbar von jeher gestattet. Man betrachtete dieses als sich von selbst verstehend [331]. Dabei verlangte man immer, daß nicht mehr Gewalt angewendet, und keine größere Verletzung zugefügt werde, als zur Abhaltung des widerrechtlichen Angriffs, wogegen sie gerichtet ist, als nothwendig erscheint [332]. Dieses sagen die Quellen ohne weitere Unterscheidung, und namentlich finde ich nirgends eine Spur davon, daß, wie Wening behauptet, die Selbstvertheidigung nur da erlaubt wäre, wo Staatshülfe möglich ist.

Die Selbsthülfe im engeren Sinne dagegen wurde zwar im Allgemeinen sicher immer als etwas unerlaubtes angesehen [333], wie schon aus der Sorgfalt hervorgeht, mit welcher man angab, in wieweit dieses und jenes, was als Selbsthülfe zu betrachten ist, gestattet war. Diese Ausnahmen waren aber im älteren Rechte weit häufiger als im Justinianeischen. Man denke nur an die pignoris capio, an die manus injectio als legis actio, und an die manus injectio, die bei der in jus vocatio vorkommen konnte. — Nach dem neuesten römischen Rechte ist es vor Allem noch erlaubt, einen Verbrecher, den man auf der That ertappt, in gewissen Fällen zu tödten [334], was nicht immer als Selbstvertheidigung erscheinen möchte, aber in das Criminalrecht gehört. Sodann ist es sicher erlaubt, die Besitzverletzung, die ein Anderer vorgenommen hat, in continenti wieder aufzuheben [335], was man häufig noch als Selbstvertheidigung ansieht. Ob die Selbsthülfe auch noch in anderen Fällen erlaubt sey, ist streitig.

---

331) Cic. pro Mil. c. 3. sqq. c. 11. sqq.; fr. 1. §. 27. 28. D. de vi (43, 16.); fr. 4. pr. fr. 45. §. 4. D. ad leg. Aquil. (9. 2.).

332) S. Note 331.

333) Wening Note h. und oben Note 331.

334) Fr. D. Sanio ad leg. Cornel. de sicariis P. I. Regiom. 1827. 8. Zimmern a. a. O. §. 182.

335) fr. 52. §. 1. D. ad leg. Aquil. (9. 2.).

Man behauptet es häufig von zwei Fällen: nämlich einmal, wenn es durch Privatdisposition gestattet sey, und dann, wenn keine Staatshülfe zu erlangen sey. Was den ersten Fall betrifft, so scheinen zwar zwei Codexstellen [336]) mit einander in Widerspruch zu stehen, dieser möchte aber dadurch zu beseitigen seyn, daß man mit der gewöhnlichen Ansicht, für welche sich auch der von Wening citirte Strube erklärt, ein Rechtsgeschäft, wodurch eigenmächtige Besitzergreifung gestattet wird, mit der Beschränkung für wirksam erklärt, daß gegen den etwaigen Widerstand keine Gewalt gebraucht werden darf. Für die andere Ausnahme beruft man sich auf das auch von Wening angeführte fr. 10. In dieser Stelle ist von einem Gläubiger die Rede, der einen flüchtigen Schuldner verfolgt hat, und ihm pecuniam abstulit. Hier wird die Frage aufgeworfen, ob er das Erhaltene in die Concursmasse einwerfen müsse; was der Jurist für den Fall bejaht, wenn der Concurs zur Zeit, wo es geschehen, schon eröffnet war, für den Fall aber, wann es früher geschehen ist, verneint. Diejenigen, welche in dieser Stelle die fragliche Ausnahme begründet finden, verstehen das darin vorkommende auferre von einem eigenmächtigen Wegnehmen, ihre Gegner aber verstehen es gewöhnlich von einem Abnehmen durch Urtheil und Recht, wofür freilich der Ausdruck in anderen Stellen gebraucht wird [337]). Am meisten möchte es für sich haben, wenn man das Wort von einer durch Drohung mit gerichtlichen Schritten abgenöthigten wirklichen Zahlung versteht. Die Klage nämlich, welche die übrigen Gläubiger nach unserer Stelle in dem Falle, wo ihnen das Herausfordern gestattet ist, sollen anstellen können, ist die actio Pauliana, ein Rechtsmittel, welches sonst nur bei Veräußerungen von Seiten des Schuldners zum Nachtheile der Gläubiger, und namentlich auch bei Zahlungen unter gewissen Voraussetzungen gestattet wird.

B. Von den Strafen der verbotenen Selbsthülfe.

Die juristischen Wirkungen der verbotenen Selbsthülfe, und besonders die Strafen derselben, sind theils solche, welche

336) c. 3. cit.; c. 11. C. de pigner. act. (4. 24.).

337) Brissonius de V. S. v. auferre.

die Gesetze an die begangene Handlung knüpfen, ohne zu unterscheiden, ob sie vorgenommen wird, um ein Recht eigenmächtig geltend zu machen, oder in noch schlimmerer Absicht, theils solche, welche nur für Fälle der verbotenen Selbsthülfe eingeführt sind. Die letzteren dienen hauptsächlich zur Ergänzung der ersteren. Zu den ersteren gehören z. B. für manche Fälle der Selbsthülfe die öffentlichen Strafen der vis, dann das interdictum de vi, und selbst die actio vi bonorum raptorum [338]).

Von den Verfügungen, welche nur die Selbsthülfe bedrohen, ist unseres Wissens die älteste des decretum Divi Marci. Dieses sagt: wer eine gegründete Forderung durch eigenmächtige Wegnahme von Sachen des Schuldners, (welchen Sachen eines Dritten natürlich gleichstehen) geltend mache, der solle das jus crediti verloren haben, er möge eigentliche Gewalt gegen die Person des Schuldners anwenden, oder nicht [339]). Daß man für diesen Fall zuerst eine Strafe androhte, erscheint bei näherer Betrachtung nicht auffallend. Die eigenmächtige Wegnahme einer eigenen Sache, wovon hier noch nicht die Rede ist, ist offenbar ein geringeres Vergehen; und daß für den Fall der eigenmächtigen Geltendmachung einer nur vermeintlichen Forderung keine Strafe angedroht wird, kann uns auch nicht auffallen, wenn wir der gewöhnlichen Ansicht beitreten, daß für diese That, wenigstens wenn sie in einem gewaltsamen Wegnehmen besteht, schon die actio vi bonorum raptorum eine Privatstrafe herbeiführen kann [340]), und wenn wir ferner bedenken, daß hier zuweilen auch die actio quod metus causa zulässig ist.

Die spätere Gesetzgebung geht weiter, und schließt sich dabei an das decretum Divi Marci an. Mehrere speciellere Verfügungen kommen weiter unten gelegenheitlich vor. Hier soll nur noch von der generellen Verordnung der Kaiser Valentinian, Theodos I. und Arcadius die Rede seyn. Diese sagt: wer seine eigene Sache eigenmächtig wegnimmt, der

[338]) Linde a. a. O. §. 3.

[339]) Wening §. 74. Note k.

[340]) Galvanus de usufructu §. 8. Linde §. 3.

soll sein Eigenthum verloren haben, und wer eine fremde Sache eigenmächtig wegnimmt, weil er behauptet, sie sey sein Eigenthum, der soll, neben der Zurückgabe der Sache, als Strafe den Werth derselben zu bezahlen schuldig seyn [341]). Und nach der in den deutschen Reichsgesetzen [342]) liegenden authentischen Interpretation soll dasselbe gelten, wenn Jemand wirkliche oder vermeintliche jura in re aliena eigenmächtig geltend macht.

Daß das decretum Divi Marci nur von Forderungen, und zwar nur von Forderungen auf fremde Sachen, und die Verordnung von Valentinian und seinen Mitregenten nur von dem Eigenthum spricht, wird in der angeführten Abhandlung von Linde, welcher Wening [343]) ganz folgt, nicht herausgehoben, oder gar übersehen. Um nun erklärlich zu machen, wie nach jener Verordnung diese noch für nöthig erachtet werden konnte, nehmen diese Schriftsteller an, dort sey nur von beweglichen Sachen die Rede, und hier werde das dort Angeordnete auf Immobilien ausgedehnt. Auch fügen sie hinzu: auf generische Forderungen sey das Ganze erst unter Justinian durch ein emblema Triboniani ausgedehnt worden, was hauptsächlich daraus hervorgehe, daß nur die eine von den das decretum angebenden Pandektenstellen auch von Geld ausdrücklich spricht. — Den letzten Punkt will ich dahin gestellt seyn lassen, und nur bemerken, daß die eine Pandektenstelle überhaupt vollständiger ist, als die andere, und daß selbst ein etwaiges emblema auch in der Absicht gemacht werden konnte, den wahren Sinn des Decrets klar auszusprechen. Was dagegen den angeblichen Unterschied zwischen Mobilien und Immobilien betrifft, so werden diese beiden Arten von Sachen weder in dem Decrete noch in der späteren Constitution auch nur berührt, sondern dort wie hier ist von fremden und eigenen Sachen ohne weitere Un-

[341]) c. 3. Cod. Theod. unde vi (4. 22.); c. 7. C. unde vi (8. 4.).

[342]) R. G. O. v. 1521. Tit. 32. §. 2. R. A. v. 1532. Tit. 3. §. 15.

[343]) §. 73.

terscheidung die Rede. Auch der Umstand, daß die spätere Verordnung in den Titel des Theodosischen und des Justinianeischen Codex über das interdictum unde vi, welches nur bei Immobilien gebraucht werden kann, aufgenommen ist, kann offenbar nicht als Beweis gelten. Und daß endlich in dem Institutionentitel: de bonis vi raptis, wo der Inhalt der späteren Verordnung referirt wird, besonders herausgehoben wird, sie beziehe sich auch auf die Immobilien [344]), das kommt, wie die Stelle selbst deutlich sagt, lediglich daher, weil die eigentliche rapina, mit welcher das in Frage stehende Vergehen hier zusammen gestellt wird, nur bei Mobilien vorkommen kann. Bei dieser Lage der Sache würde wohl Linde nie auf die in Frage stehende Unterscheidung gekommen seyn, wenn er mehr berücksichtigt hätte, daß die beiden Verordnungen dadurch sehr verschieden sind, daß sie von ganz verschiedenen Rechten handeln [345]).

Auch über eine wichtige praktische Frage, welche die Verordnung von Valentinian und seinen Mitregenten betrifft, sind unsere Juristen nicht einig; nämlich darüber: ob sich auch diese Verordnung, wie die von Mark Aurel, auf jede Art von eigenmächtiger Geltendmachung des betreffenden Rechts beziehe, wie Linde und mit ihm Mühlenbruch [346]) und Wening behaupten, oder ob sie sich auf den Fall der eigentlichen Gewalt gegen die Person des Besitzers beschränke, wie z. B. Mackeldey annimmt. Meine Ansicht hierüber ist folgende. Es ließe sich recht gut denken, daß Valentinian und seine Mitregenten, indem sie eine Privatstrafe, die früher nur für das stärkere Vergehen der eigenmächtigen Aneignung einer anerkannt fremden Sache wegen einer bloßen Schuldforderung eingeführt war, auf das an sich geringere Vergehen der eigenmächtigen Besitzer-

[344]) §. 1. I. de bonis vi raptis (4. 2.). Die Verordnung wird übrigens noch einmal in den Institutionen referirt, nämlich bei Gelegenheit des interdicti de vi, im §. 6. I. de interd. (4. 15.).

[345]) So scheinen die Sache auch anzusehen: Mackeldey §. 541.; Muehlenbruch D. P. §. 134.

[346]) D. P. §. 134.

greifung an einer eignen Sache ausdehnen, sich hier auf den Fall beschränkten, wenn das Vergehen durch eine vis atrox besonders bedeutend wird.

Allein entscheidende Gründe für die Annahme dieser Beschränkung kenne ich nicht, und deswegen bin ich mit Linde dagegen. Der Umstand nämlich, daß die neue Verordnung in dem Titel des Theodosianischen und des Justinianeischen Codex: unde vi, aufgenommen ist, beweißt eben so wenig, daß sie dieselbe Gewalt verlange, wie sie zum interdictum unde vi erforderlich ist, als er beweißt, daß sie nur von unbeweglichen Sachen rede, bei welchen allein das Interdict zuläßig ist, oder daß die Klage, welche sie gestattet, keine andere sey, als dieses Interdict. Und daß die in dieser Verordnung gebrauchten Ausdrücke: vis, violentia und violenter, von jeder Eigenmacht gebraucht werden, geht schon aus dem Decrete hervor.

Viertes Kapitel.

Von den Personen.

I. Begriff und Haupteintheilung.

Nach dem Sprachgebrauche unserer Juristen ist Person die technische Bezeichnung für ein Wesen, welchem die bestehenden Rechtsnormen die Fähigkeit beilegen, Rechte im subjectiven Sinne zu haben. Man hat dabei zunächst und hauptsächlich die Menschen im Auge. Darum sind aber Mensch und Person noch keineswegs gleichbedeutende Ausdrücke. Denn abgesehen davon, daß nach dem römischen Rechte nicht jeder Mensch ein Rechtssubject oder eine Person ist [347]), kom-

---

[347]) Vgl. übrigens Wening §. 75. Note r.

men auch Rechte vor, die nicht einem Menschen zugeschrieben werden, obgleich sie der Menschen wegen eingeführt sind. Solche Rechte werden nach dem Sprachgebrauche der Juristen einer juristischen, moralischen, fingirten oder mystischen Person zugeschrieben, und im Gegensatze davon nennt man die mit Persönlichkeit versehenen einzelnen Menschen — physische Personen.

II. Von den physischen Personen.

A. Von den status und den capitis diminutiones.

Der Ausdruck status hat bei den Römern eine weitere und eine engere Bedeutung. In jener bezeichnet er, wie bei unseren Juristen, jede Eigenschaft eines Menschen, welche als Bedingung irgend eines Rechts erscheint; in dieser dagegen bezeichnet er nur drei Eigenschaften, auf die es zu der Zeit, wo sich diese Terminologie bildete, nämlich zur Zeit der classischen Juristen, hauptsächlich ankam, nämlich Freiheit, Bürgerrecht und status familiae. — Der Verlust eines status im engeren Sinne heißt capitis diminutio. Ueber die drei Arten der letzteren s. Wening §. 75. — Daß das Wort status schon von den Römern in dem angegebenen weiteren Sinne gebraucht wird, hat vorzüglich Zimmern[348]) nachgezeigt. Außer den Beweisstellen, welche Wening[349]) anführt, sind noch einige andere[350]) wichtig. Daß aber auch die angegebene engere Bedeutung existirt, geht, wie v. Löhr in der angeführten Abhandlung heraushebt, hauptsächlich daraus hervor, daß die Römer die capitis diminutio als status permutatio definiren, und nirgends mehr als die von Wening angegebenen drei Arten der capitis diminutio anführen.

---

[348]) Geschichte des röm. Privatrechts B. 1. Abth. 2. §. 117.

[349]) §. 75. Note r. am E. Mit der Rubrik des Pandektentitels: de statu hominum, muß man übrigens zusammenstellen die entsprechenden Rubriken bei Gajus (I. §. 9.) und in Justinians Institutionen (Lib. 1. Tit. 3.). Jene heißt nämlich: de conditione hominum, und diese: de jure personarum.

[350]) fr. 5. §. 1. D. de extraord. cognit. (50. 13.); c. 5. C. quando dies legati vel fideicommissi cedit (6. 53.) Rubr. et tot. Tit. C. ubi causa status agi debeat (3. 22.).

Diejenigen, welche behaupten, die status im engeren Sinne haben heutzutage keine privatrechtliche practische Bedeutung, haben Folgendes für sich. Den status libertatis hat bei uns jeder Mensch, indem es keine Sclaven gibt. Die Ausländer werden nach dem gemeinen Rechte in privatrechtlicher Rücksicht behandelt, wie wenn sie den status civitatis hätten [351]). Der status familiae endlich hat schon im neuesten römischen Rechte keine Wirkungen, die nicht auch mit der bloßen Cognation verbunden sind. Dieser letzte status kann übrigens deswegen da, wo das heutige gemeine Recht gilt, nicht ganz ignorirt werden, weil der Arrogirte und der plene Adoptirte in dieser Eigenschaft nur mit dem Adoptivvater und denjenigen Verwandten desselben verwandt ist, welche mit ihm zu einer familia gehören, oder mit andern Worten seine Agnaten sind.

B. Erfordernisse zu einer physischen Person.

Nach römischem Rechte war nur derjenige Mensch rechtsfähig, welcher wenigstens einen der drei status hatte, nämlich den status libertatis [352]). Heutzutage, wo es keine Sclaverei gibt, hat diesen im Ganzen jeder lebende Mensch. Es kommt also im Ganzen nur auf die Eigenschaften an, welche die Gesetze verlangen, um ein Wesen zu den lebenden Menschen zu zählen. Diese Eigenschaften werden im §. 76. angegeben.

Wenn Wening hier mit Seuffert und Dähne die Vitalität nicht als ein Requisit der Persönlichkeit gelten läßt, so muß ich vollkommen beistimmen. Freilich ist nach der angeführten c. 2. der abortus nicht als Rechtssubject anzusehen; aber nirgends wird uns gesagt, daß es Wesen gebe, die mit einem menschlichen Körper von einem Weibe lebendig geboren worden sind, und doch zu den abortus gehören. Ferner sagt freilich die citirte c. 3., ein verstorbenes Kind müsse zur Zeit seines Todes perfecte natus gewesen seyn, um als ein gewesenes Rechtssubject zu gelten. Allein

[351]) S. oben S. 19. u. 20. | [352]) Wening §. 75. Note r.

„perfecte natus“ heißt hier nichts anders, als ganz geboren; es ist dasselbe, was in der nämlichen Constitution zur Erläuterung mit den Worten ausgedrückt wird: „si vivus ad orbem totus processit“. Endlich ergibt es sich freilich aus den angeführten Pandektenstellen, daß von einem ausgetragenen Kinde zu Gunsten seiner Legitimität und seiner Freiheit nöthigenfalls angenommen wird, die Schwangerschaft desselben habe nicht länger als 181 volle Tage gedauert. Daraus folgt aber noch nicht einmal, daß man von einem Kinde, von welchem man weiß, wie lange es nach der Conception geboren ist, präsumiren soll, es sey vollkommen ausgetragen oder nicht, je nachdem die Schwangerschaft 181 Tage oder kürzere Zeit gedauert hat; und noch weniger folgt daraus, daß ein Kind aus dem einzigen Grunde, weil es nicht vollkommen ausgetragen, oder weil es vor dem 182sten Tage nach der Conception geboren ist, als ein rechtsunfähiger abortus anzusehen ist. — Nicht so einverstanden bin ich mit Wening, wenn er mit der gewöhnlichen Ansicht den Kopf als denjenigen Theil betrachtet, welcher nach den Gesetzen allein ein Wesen zum monstrum machen könne. Keine Stelle in unsern Quellen sagt dieses. In der dafür angeführten Pandektenstelle heißt es: wenn ein menschlicher Leichnam nicht an einem Orte begraben sey, so sey derjenige Ort ein locus religiosus, wo der Kopf beerdigt ist, weil dieser das principale sey, dasjenige, an welchem man einen Menschen von dem andern unterscheidet, und weil nicht ein Mensch mehrere eigentliche sepulchra haben könne. Kann man aber daraus, daß die Gesetze bei einem Verstorbenen nicht mehr als ein sepulchrum annehmen, kann man daraus folgern, daß sie von einem Lebenden annehmen, er könne sich nur durch einen Theil zum monstrum qualificiren? Gewiß nicht. Und deswegen hat der Jurist in jedem einzelnen Falle die Entscheidung, ob ein von einem Weibe geborenes Wesen ein Mensch oder ein monstrum sey, lediglich den Sachverständigen, nämlich den Aerzten, zu überlassen, mag die Abnormität, welche zu dieser Frage Veranlassung gibt, in dem Kopfe liegen, oder in einem anderen Theile des Körpers.

C. Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit eines Menschen.

Wann die Rechtsfähigkeit einer physischen Person anfängt, gibt der §. 77. im Anf. an.

Sie hört ganz auf durch physischen Tod und nach römischem Rechte auch durch capitis diminutio maxima. Die letztere kommt bei uns, wo es keine Sclaverei gibt, nicht vor. Jedoch gibt es nach Particularrechten Strafen, die ähnliche Wirkung haben, so daß auch in Deutschland ein bürgerlicher Tod vorkommt. Davon aber im Criminalrechte.

Von dem physischen Tode sagt der §. 77. noch Einiges, wozu ich folgende Bemerkungen zu machen habe.

Ueber die wahrscheinliche Lebensdauer finden sich in dem angeführten fr. 68. zwei verschiedene Tabellen. Beide haben aber nur eine sehr specielle Bestimmung und gehören deswegen nicht an diese Stelle. Nach ihnen soll nämlich bei der Berechnung der Falcidischen Quart der Werth der auf Lebenslang legirten Vortheile berechnet werden, und zwar, wie man gewöhnlich annimmt, nur provisorisch.

Ueber den Beweis, daß eine gewisse Person gestorben ist, enthält das römische Recht nichts besonderes. Die deutschen Particularrechte stimmen aber darin überein, daß in Beziehung auf einen Abwesenden, von welchem man nicht weiß, ob und wo er lebt, nach einer gewissen Zeit die in dem §. näher bezeichnete Verschollenheitserklärung verlangt werden kann. Ueber die Frage: zu welcher Zeit dieses geschehen könne, weichen jedoch die Particularrechte von einander ab. Am meisten verbreitet möchte die theils gesetzliche, theils usuelle Bestimmung seyn, daß es darauf ankomme, ob von dem Augenblicke an, wo die Person geboren ist, 70 Jahre abgelaufen sind.

Die Regeln des römischen Rechts über den Fall, wenn mehrere Personen gestorben sind, und es nicht klar ist, wer früher gestorben ist, sind zum Theile bestritten. Von den Sätzen des Lehrbuchs, welches ganz der angeführten Abhandlung von Mühlenbruch folgt, sind besonders zwei streitig.

Den einen halte ich auch für unrichtig, nämlich den, daß die unter 1. und 2. angeführten gesetzlichen Präsumtionen auch auf den Fall des natürlichen Todes Anwendung leiden. Alle Stellen über diese Präsumtionen reden nur von Fällen, wo die beiden Personen in einer Gefahr gewaltsam umkommen, z. B. in einem Kriege, bei einem Schiffbruch u. s. w.; und für einen bloßen Zufall kann ich dieses nicht ansehen, da sich leicht veranlassende Gründe denken lassen, welche nur bei einem solchen gewaltsamen Tode eintreten. Freilich spricht das citirte fr. 11., worauf sich Mühlenbruch beruft, nicht speciell von einem gewaltsamen Tode, und muß daher auch von dem natürlichen verstanden werden; diese Stelle entscheidet aber nicht, weil sie von den in Frage stehenden Präsumtionen gar nicht handelt, sondern von einem Falle, in welchem eine Unterscheidung zwischen verschiedenen Arten des Tods gar keinen vernünftigen Grund für sich haben würde. Eine andere Behauptung von Mühlenbruch, welche nicht allgemein zugegeben wird, ist die, daß die Präsumtion für den früheren Tod des Unmündigen, von welchem in dem Corpus Juris nur bei Erörterung von Fällen die Rede ist, wo ein Ascendent und ein Descendent umkommt, auch bei anderen Personen Anwendung leide. Es läßt sich aber kaum ein Grund für eine solche Beschränkung denken. Auch gibt es wenigstens einen Fall, wo man in einen circulus inextricabilis käme, wenn man die Präsumtion nicht auch bei anderen Personen gelten lassen wollte. Ich meine den Fall, wenn ein unmündiges und ein mündiges Kind mit einem gemeinschaftlichen Ascendenten umkommt. Deswegen könnte es hier auch Zufall seyn, daß die Stellen nur von Fällen der angegebenen Art sprechen. Gegen diese beiden Ausdehnungen ist Thibaut. Dagegen nimmt dieser Schriftsteller [353]) in Beziehung auf den natürlichen Tod eine andere weit umfassendere Präsumtion an, nämlich die, daß der Jüngere vor dem Aelteren gestorben sey. Aber die Stelle, worauf er sich

---

[353]) Pandekten-System §. 211.

stützt [354]), sagt weiter nichts, als: den Pflichttheil können auch die Ascendenten verlangen, wenn ihre Descendenten converso ordine naturae vor ihnen sterben. Daß gegen das, was hier conversus ordo naturae genannt wird, eine praesumtio juris streite, wird nicht gesagt. Auch ist der Satz: „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge sterben die Ascendenten vor ihren Descendenten", mit dem Satze: „der jüngere stirbt gewöhnlich vor dem älteren", noch nicht einmal identisch. Deswegen halte ich diese Präsumtion nicht für gegründet.

D. Verschiedenheiten der Menschen.

1) Nach der Geburt.

Obgleich die Makel der unehelichen Geburt erst dem deutschen Rechte angehört, so ist doch der Unterschied zwischen ehelich und unehelich Gebornen auch nach römischem Rechte sehr wichtig; indem die unehelichen Kinder, wie wir unten sehen werden, juristisch keinen Vater haben, weswegen sie denn auch als homines sui juris geboren werden, keine väterliche Verwandte haben, und dem Stande der Mutter folgen.

Die in dem Corpus Juris aufgestellten Präsumtionen für und gegen die Ehelichkeit eines Kindes werden in dem §. 78. angegeben. Jedoch kann ich von den in der neuesten Ausgabe in der Note a. angenommenen, von Thibaut behaupteten, Modificationen die letzte nicht für richtig halten; denn gerade dahin geht ja nach den ausdrücklichen Worten des Corpus Juris die fragliche Präsumtion, daß nach 181 Tagen ein perfectus partus geboren werden könne, d. h. daß in 181 Tagen ein Kind vollkommen ausgetragen werden könne.

Den ehelichen Kindern werden, wie wir unten im Familienrechte sehen werden, die legitimirten mit Ausnahme

[354]) fr. 15. pr. D. de inoffic. testam. (5. 2.).

gewisser germanischen Rechtsverhältnisse gleichgesetzt. Wegen dieser germanischen Verhältnisse ist es practisch wichtig, daß das römische Recht diejenigen Kinder, welche von den nachherigen Eheleuten vor Eingehung der Ehe gezeugt, und nach Eingehung derselben geboren werden, nicht zu den legitimirten gehören, sondern zu den ehelich gebornen. Dieser Satz wird nicht blos von Justinian in der citirten c. 11. ausdrücklich ausgesprochen, sondern er folgt auch schon daraus, daß in den von Wening angeführten Pandektenstellen solche Kinder nicht zu den unehelichen gezählt werden. Da nämlich die Legitimation erst unter den christlichen Kaisern eingeführt worden ist, so muß das Pandektenrecht alle Kinder, die es nicht als unehelich ansieht, zu den eigentlich ehelichen zählen.

2) Nach dem Geschlechte und 3) der Gesundheit.

Darüber s. §. 79 — 82. — Die Vernunftlosigkeit hat im Ganzen nur die eine juristische Wirkung, daß dem Vernunftlosen, insoweit nicht ein dilucidum intervallum eintritt, gar keine Willensfähigkeit zugeschrieben wird [355]. Bloße Folgen hiervon sind, daß er unter Curatel gestellt wird, daß ihm keine widerrechtliche Handlungen imputirt werden, daß er kein Rechtsgeschäft selbst abschließen, nicht Zeuge, nicht Richter seyn kann u. s. w. Unrichtig wäre es, wenn man sich durch Aeußerungen, wie sie sich im Lehrbuche finden, verleiten ließe, anzunehmen, der Vernunftlose könne gar keine neue Rechte erwerben. — Der gerichtlich erklärte Verschwender wird in dem Corpus Juris häufig dem Vernunftlosen an die Seite gestellt. Er wird aber bei weitem nicht immer als Willensunfähig angesehen, wie wir später in einzelnen Anwendungen sehen werden. Namentlich kann er auch ohne seinen Curator Rechtsgeschäfte abschließen, wodurch er nur Rechte erwerben oder von Lasten frei werden will, seine unerlaubten Handlungen werden ihm imputirt [356] u. s. w. Auf der anderen Seite werden aber auch bei ihm keine lichte Zwischenraume mit juristischer Wirkung angenommen.

---

[355] §. 81. Note q. und r.

[356] §. 82. Note a.

4) Nach dem Alter.

Davon handeln die §§. 83. und 84. Der Ausdruck plena pubertas kommt in den Stellen der Note g. wirklich vor, und bezeichnet das Alter von 18 Jahren bei Manns- und von 14 Jahren bei Frauenspersonen. Dagegen der Ausdruck pubertas minus plena kommt in den Quellen nicht vor. — Mit dem in den Stellen der Note ii. ausgesprochenen Satze, daß die Befreiung von munera publica wegen hohen Alters in der Regel erst nach zurückgelegtem 70sten Lebensjahre in Anspruch genommen werden kann, scheint die dort angeführte c. 3., so wie sie in den Ausgaben des Corpus Juris sich findet, allerdings in Widerspruch zu stehen. Sie verlangt nämlich nur, daß das 55ste Jahr zurückgelegt sey. Allein die Stelle ist ein Rescript, und die Urheber desselben, Diocletian und Maximian haben nach seiner ganzen Fassung nicht die Absicht, das bestehende Recht zu ändern, sondern sie wollen dieses nur auf einen einzelnen Fall anwenden. Dazu kommt, daß unter der Reihe von Stellen, welche entschieden die Zurücklegung des 70sten Jahrs verlangen, auch eine Constitution von Diocletian selbst ist, und daß es nach Cujacius [357]) auch Handschriften gab, welche statt: „majores quinquaginta quinque annis", die Leseart haben: „majores septuaginta annis". Aus allen diesen Gründen legt man seit der citirten Abhandlung von Thibaut der c. 3. kein Gewicht bei. — Von einer venia aetatis in Beziehung auf ein bestimmtes Geschäft weiß das römische Recht nichts.

5) Nach der Verwandtschaft.

a) Eigentliche Verwandschaft.

Darüber s. §. 85. und 86., wozu ich Folgendes zu bemerken habe. — Unter eigentlicher Verwandtschaft im Gegensatze von der Schwägerschaft (affinitas) versteht man nicht blos die durch Zeugung oder Geburt oder Beides begründete Blutsverwandtschaft, sondern auch die durch Adoption oder

---

[357]) Inst. L. 1. c. 34. §. 13.; Paratitl. Cod. L. 5. T. 67.; Commentar. ad Cod. L. 10. T. 49. c. 3.

Taufe oder Firmung begründete fingirte Verwandtschaft. Der Ausdruck bürgerliche Verwandtschaft wird gewöhnlich nicht als gleichbedeutend mit dem Ausdruck fingirte Verwandtschaft gebraucht, sondern nur für die eine Art der letzteren, nämlich für die Adoptivverwandtschaft, so daß sie zunächst den Gegensatz von der cognatio spiritualis bildet. — Bei der Agnation darf man nicht übersehen, daß es auch Fälle gibt, in welchen man unter Lebenden aus der väterlichen Gewalt heraustritt, ohne eine minima capitis diminutio zu erleiden, d. h. ohne aus dem Agnatenvereine auszutreten[358]).– Die römische Bedeutung von germani und consanguinei, womit die im Texte angegebene heutige nicht übereinstimmt, wird in der neuesten Auflage in der Note f. am Ende angedeutet. Rücksichtlich des letzten Ausdrucks muß aber noch bemerkt werden, daß er alle diejenigen bezeichnet, die als Geschwister (wohin früher auch die in strenger Ehe gestandene Mutter gehören konnte) im Agnationsverhältniß mit einander stehen, aber auch nur diese. Es gibt also, was Wening nicht heraushebt, auch Geschwister, welche consanguinei im heutigen Sinne sind, ohne es im römischen zu seyn. — Daß Vollbürtigkeit zwischen solchen, die sonst uterini sind, nicht durch Adoption könne herbeigeführt werden, kann ich nicht zugeben. Die Gesetze verlangen ja zur Vollbürtigkeit nur, daß die fraglichen Personen oder die Vorfahren derselben zwei Aeltern gemein haben; und dieses tritt auch in dem fraglichen Falle ein. — Auch der jetzt gewöhnlichen Behauptung, daß die vollbürtige Seitenverwandtschaft keine mehrfache Verwandtschaft sey, kann ich nicht beitreten. Wenn ich mit meinem väterlichen Halbbruder schon deswegen doppelt verwandt bin, weil unsere Mütter mit einander verwandt waren, und wir also gewisse mütterliche Ascendenten mit einander gemein haben, soll ich dann nicht mit dem vollbürtigen Bruder auch doppelt verwandt seyn, mit welchem ich die Mutter selbst und alle mütterliche Ascendenten gemein habe?

---

358) S. unten B. IV. §. 105. 108. 109.

b) Affinitas.

Darüber s. §. 87. Der Satz des römischen Rechts, daß durch Eingehung einer Ehe, auch ohne hinzukommenden Beischlaf, affinitas entstehe, wird durch den neuen Satz des canonischen Rechts, daß durch Beischlaf ohne Ehe affinitas entstehe, wie auch Thibaut [359]) bemerkt, nicht aufgehoben. Es gibt also jetzt eine affinitas illegitima, die durch außerehelichen Beischlaf, jedoch nicht zwischen den Concumbenten selbst, und es gibt eine legitima, welche durch Eingehung einer gültigen Ehe begründet wird, ohne daß hier die sogenannte consummatio matrimonii erforderlich wäre. Wenn diese Ansicht richtig ist, so ist die Affinität heutzutage nicht, wie man sie gewöhnlich definirt, das Verhältniß zwischen dem einen Concumbenten und dem Blutsverwandten des andern, sondern das Verhältniß zwischen dem einen Ehegatten, der dann nicht gerade wirklicher Concumbent zu seyn braucht, oder dem außerehelichen Concumbenten und den Blutsverwandten des andern.

6) Nach der Unabhängigkeit, 7) nach Stand und Gewerbe und 8) nach der Religion.

Hierüber s. §. 88 — 90.

9) Nach der bürgerlichen Ehre.

a) Allgemeine Einleitung.

Eine allgemeine Einleitung in diese Lehre gibt der §. 91., wozu ich Folgendes zu bemerken habe:

Die bürgerliche Ehre (existimatio) wird in den Pandekten [360]) definirt als „dignitatis inlaesae status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur“.

Nicht blos dem römischen Bürger wird in den Quellen eine existimatio zugeschrieben, sondern, wie es auch in der Natur der Sache liegt, jedem Rechtssubjecte; wovon denn

---

[359]) Pandekten-System §. 238.

[360]) fr. 5. §. 1. D. de extraord. cognit. (50. 13.).

eine Folge ist, daß sie nur durch maxima, nicht auch durch media capitis diminutio ganz verloren geht. Die Hauptstelle über die existimatio [361]) sagt dieses ausdrücklich, indem sie eine bloße Verminderung annimmt, „quotiens manente libertate circa statum dignitatis poena plectimur", und eine völlige Aufhebung, nur „quotiens magna capitis diminutio intervenit, id est libertas adimitur". Freilich wird als ein Fall, wo consumitur existimatio, Beispielsweise die Deportation angegeben, von welcher andere Stellen [362]) versichern, sie hebe die Freiheit nicht ganz auf, sondern nur die Civität. Allein in der That war bei dem Deportirten keine Freiheit zu finden, und sein Zustand wird auch für eine wahre servitus poenae erklärt [363]). Unter diesen Umständen kann es nicht auffallen, wenn Callistratus, von welchem unsere Stelle herrührt, diese Strafe als ein Beispiel von Verlust der Freiheit aufführt, zumal da einzelne, im Corpus Juris angegebene, Milderungen erst nach der Zeit von Callistratus aufkamen [364]). Hätte er aber auch ein ganz unpassendes Beispiel angeführt, so bliebe immer die von ihm aufgestellte Regel an sich klar. Es ist deshalb zu verwundern, daß man bisher fast allgemein die römische existimatio, und mit ihr die Fähigkeit injuriirt zu werden, und manches Aehnliche, nur dem römischen Bürger zuschrieb [365]).

---

[361]) fr. 5. cit. §. 2. 3.

[362]) fr. 2. 17. D. de poenis (48. 19.); fr. 3. D. ad leg. Jul. peculat. (48. 13.); fr. 5. D. de bonis damnator. (48. 20.); fr. 15. pr. D. de interd. et releg. (48. 22.); fr. 121. D. de V. O. (45. 1.).

[363]) fr. 29. §. 5. D. de lib. et posth. (28. 3.); fr. 6. §. 7. D. de injusto (28. 3.); fr. 15. D. quando dies legator. (36. 2.); fr. 1. §. 8. D. de B. P. contra tab. (37. 4.); fr. 4. §. 2. D. de bonis libertor. (38. 2.); fr. 3. D. ad leg. Jul. pec. (48. 13.); fr. 8. D. de poen. (48. 19.); fr. 1. 7. §. 5. D. de bonis damnator. (48. 20.); fr. 7. §. 5. D. de interd. et releg. (48. 22.); c. 1. 2. C. de bonis damnator. (9. 49.).

[364]) S. z. B. fr. 13. D. de donat. inter. V. et U. (24. 1.); fr. 56. D. soluto matrim. (24. 3); c. 24. C. de donat. inter V. et U. (5. 16.); Nov. 22. c. 8. 13

[365]) Die richtige Ansicht findet sich, mit den im Texte angegebenen, und mit mehreren unterstützenden Gründen in Welckers Encyklopädie S. 244 fgg. Note 296. S. auch Dessen letzte Gründe für Recht, Staat und Strafe, S. 480.

Von den Arten der Minderung der bürgerlichen Ehre führt man gewöhnlich nur die drei an, welche Wening nennt. Daß es aber auch noch andere gibt, ersieht man schon aus der Pandektenstelle von Callistratus, von welcher so eben die Rede war.

b) Von der eigentlichen infamia.

α) Die Natur und die Wirkungen dieser Ehrenschmälerung wird im §. 92. hinlänglich angegeben.

β) Ihrer Entstehung nach theilt man sie ein in s. g. infamia immediata und s. g. infamia mediata. Es gibt nämlich Fälle, wo die Gesetze sagen: infamia notatur, qui fecerit; und es gibt andere Fälle, wo sie sagen: notatur, qui damnatus erit.

Die mit einer s. g. infamia immediata behafteten Personen, welche Wening im §. 93. Note x. durch Angabe der Beweisstellen andeutet, sind, in derselben Ordnung angegeben, folgende: 1) öffentliche Huren; 2) Kuppler und Kuplerinnen; 3) Mannspersonen, die sich einem Päderasten hingeben [366]; 4) die Ehefrauen, die im Ehebruch ertappt werden; 5) Wittwen, die während des Trauerjahrs heirathen, die Männer, welche sich mit ihnen verheirathen, und, wenn ein Theil in der väterlichen Gewalt steht, statt seiner der Inhaber dieser Gewalt. Diese Bestimmung ist durch das canonische Recht aufgehoben, nicht aber die, daß auch die Wittwe infam seyn soll, welche während des Trauerjahrs Unzucht treibt, und wohl auch nicht die, daß dasselbe eintreten soll, wenn sie versäumt, vor dem Ueberschreiten zur zweiten Ehe, sollte dieses auch erst nach zurückgelegtem Trauerjahre Statt finden, auf Anstellung eines neuen Vormunds für die Kinder, deren Vormünderin sie bisher war, anzutragen, diesem Rechnung abzulegen und das Vermögen herauszugeben [367]. Ferner gehören hierher 6) Diejenigen, welche Blutschande treiben; 7) Diejenigen, welche, während sie in einer gültigen Ehe

366) Ueber diese s. auch fr. 1. §. 6. D. de postulando (3. 1.).

367) Nov. 22. c. 40.; Nov. 94. c. 2.

leben, oder gültig verlobt sind, eine Ehe oder ein Verlöbniß mit einer andern Person eingehen, falls sie sui juris sind, und wenn sie alieni juris sind, der Vater, in dessen potestas sie stehen; 8) die Großjährigen, welche einen beschworenen Vergleich, oder ein beschworenes pactum de non petendo, verletzen; 9) die Kinder Derjenigen, die sich gegen das Leben gewisser höheren Staatsbeamten verschwören, Diejenigen, die von einer solchen Verschwörung Wissenschaft haben, so wie Diejenigen, welche sich für die Verschworenen bei dem Regenten verwenden; 10) die Zinswucherer; 11) die magistri zu Rom und Constantinopel, welche ihre Vorlesungen anderswo als in den dazu bestimmten öffentlichen Localen halten; 12) Derjenige, welcher sich durch Bestechung die bischöfliche Weihe oder eine bischöfliche Stelle zu verschaffen sucht, oder sich in dieser Beziehung bestechen läßt; 13) die großjährigen Schauspieler, wozu auch Diejenigen gezählt werden, die sich für Geld als Kämpfer sehen lassen, was übrigens auf unsere heutigen Schauspieler keine Anwendung leidet; 14) der Richter, der bestochen ein ungerechtes Urtheil fällt; 15) die Richter und die Verwalter der Untersuchungsgefängnisse, welche die Gefangenen zu lange fasten oder sonst bedeutend mißhandeln lassen; 16) die Advocaten, welche sich in ihren Vorträgen Schmähungen erlauben; 17) Derjenige, welcher, durch arglistige Interpretation, oder Erschleichung eines Rescripts des Regenten, Dessen auf die Zukunft gerichtete Verfügungen für einzelne Individuen oder Corporationen, auf die Vergangenheit oder auf andere Personen auszudehnen sucht; 18) der Vormund, der seine Mündel, bevor es die Gesetze erlauben, heirathet, oder an seinen Sohn verheirathet, so wie der heirathende Sohn selbst, welchem hier wohl alle diejenigen gleichzustellen sind, welchen sonst wegen der Vormundschaft die Ehe verboten ist; 19) Derjenige, welcher wegen seiner Aufführung aus dem Heere ausgestoßen wird; 20) die Obrigkeiten, die Notarien und die sonstigen Schreiber, welche einen Verkauf von Seiten eines Juden an einen Christen ausfertigen, der eine Forderung

an einen anderen Christen zum Gegenstande hat; 21) muthwillige Bankrottirer.

Ueber die s. g. infamia mediata habe ich zu §. 94. Folgendes zu bemerken:

Die fünf Klassen von Fällen kann man zur Erleichterung der Uebersicht auch so bezeichnen: 1) alle delicta publica; 2) einige delicta extraordinaria; 3) die delicta privata mit Ausnahme des damni injuria dati; 4) die Fälle der actio de dolo; 5) die s. g. contractus infamantes, von welchen der eine freilich nur ein Quasicontract ist.

Von den unter diese fünf Klassen gehörenden speciellen Fällen sind zwei hier besonders zur Sprache zu bringen.

Daß der Stellionat zu den infamirenden delictis extraordinariis gehört, sagt die eine von den angeführten Stellen ausdrücklich, und die andere läßt sich dadurch beseitigen, daß man mit Marezoll den Ausdruck famosum für synonym mit dem Ausdruck publicum ansieht.

Diejenige Infamie des Vormunds, welche durch Verurtheilung in Folge der Vormundschaftsklage entsteht, darf man nicht, wie Wening zu thun scheint, mit der Infamie verwechseln, welche ohne einen Rechtsstreit durch seine Entsetzung von der Vormundschaft entstehen kann. Die erstere setzt nicht voraus, daß er wegen eines dolus verurtheilt werde. Das Infamirende liegt nämlich hier, wie überhaupt bei den s. g. contractus infamantes, darin, daß der Beklagte in einer solchen Sache, wenn das Unrecht auf seiner Seite ist, nicht nachgibt, sondern den Kläger nöthigt, die Gerichte anzugehen, und den Rechtsstreit bis zur Verurtheilung fortzusetzen. Dies ergibt sich schon aus den Worten der angeführten Stellen, besonders aber auch daraus, daß diese Strafe in den Institutionen in dem Titel: de poenis temere litigantium, vorkommt. Freilich kommen hier auch andere Fälle der s. g. infamia mediata vor, aber offenbar nur bei Gelegenheit der infamirenden Contracte. Dagegen durch Entsetzung wird ein Vormund nur alsdann infam, wenn sie wegen

eines dolus ausgesprochen wird. Selbst die culpa lata steht dem dolus nicht gleich [368]), wie man häufig behauptet. Denn die Stellen über diesen Fall der infamia reden nur vom dolus, die Gleichstellung der culpa lata mit dem dolus bezieht sich nur auf Obligationen, nicht auf öffentliche Strafen, und das angeführte fr. 3. sagt noch ausdrücklich, der Vormund, welcher wegen segnities und dergleichen abgesetzt wird, werde nicht infam.

Von den allgemeinen Bemerkungen, welche Wening über die s. g. infamia mediata macht, ist eine nicht allgemein wahr, nämlich die, daß die Abfindung des Klägers mit Geld oder Geldeswerth, ohne Vermittelung der Rechtsprechenden Obrigkeit, der Verurtheilung gleich stehe. Dies ist nur bei infamirenden Privatdelicten und bei der actio de dolo der Fall. Bei den s. g. infamirenden Contracten würde es sich mit dem oben angegebenen Gesichtspunkte nicht vertragen, wie denn auch ausdrücklich gesagt wird, daß es hier nicht Statt finde [369]). Bei den Verbrechen, auf welche die Todesstrafe gesetzt ist, ist mit Ausnahme des Ehebruchs der Vergleich mit dem Ankläger erlaubt, und hat keinen Nachtheil. Bei dem Ehebruch und denjenigen Verbrechen, auf welche andere öffentliche Strafen gesetzt sind, ist kein Vergleich mit dem Ankläger zuläßig, und findet er Statt, so tritt die Strafe des falsi ein. Mit dieser Strafe ist freilich auch Infamie verbunden, aber sie entsteht erst durch Verurtheilung wegen des falsi [370]).

Ganz beistimmen muß ich dagegen dem Lehrbuche, wenn es mit der angeführten Schrift von Marezoll behauptet, die römische Theorie über infamia mediata und immediata sey in Deutschland als gemeines Recht anwendbar, und es sey unrichtig, wenn mehrere bedeutende Germanisten und Roma-

[368]) Dieses hat Guyet in der angeführten Abhandlung nachgezeigt.

[369]) §. 2. I. de poen. temere litigantium (4. 16.).

[370]) Von dem Vergleiche bei Anklagen wegen eigentlicher Verbrechen handelt Wening B. 3. §. 196.

nisten behaupten, die Infamie könne nur durch ein sie als Strafe aussprechendes Urtheil eines peinlichen Gerichts entstehen, wodurch freilich die infamia immediata ganz aufgehoben und die mediata ganz umgewandelt wäre. Die Gegner berufen sich darauf, daß in der peinlichen Gerichtsordnung Karls V.[371]) Ehrenstrafen als eine Art von peinlichen Strafen erwähnt werden. Allein daraus, daß es Ehrenstrafen gibt, die zu den peinlichen Strafen gehören, folgt noch nicht, daß die Reichsgesetzgebung auch die Ehrenstrafe, welche infamia heißt, und namentlich auch die hier in Frage stehenden Fälle der infamia, dahin zähle. Und daß sie dieses nicht thut, geht unwidersprechlich daraus hervor, daß die P. G. O. selbst in anderen Artikeln[372]), dann spätere Reichsgesetze, die Fridericianischen Authentiken[373]) und das canonische Recht[374]) noch von der römischen Theorie ausgehen. Ich mache nur darauf aufmerksam, daß zwei von den oben angeführten Fällen der infamia immediata sich auf spätere Reichsgesetze gründen, und daß die mit der Verurtheilung wegen einer Injurie nach römischem Recht verbundene infamia mediata in späteren Reichsgesetzen[375]) als eine bekannte Folge einer solchen Sentenz angesehen und behandelt wird. — Auf der anderen Seite muß ich aber auch dem Lehrbuche beistimmen, wenn es behauptet, das römische Recht erleide in der Lehre von der Entstehung der infamia bei uns einige Modificationen, die übrigens in andere Disciplinen gehören. Namentlich gibt es auch Entstehungsarten, die weder unter den Gesichtspunkt der römischen infamia mediata noch unter den der immediata passen; dann gibt es, wie schon bemerkt wurde, einige neue Fälle der infamia immediata; und endlich

---

371) P. G. O. Art. 104.

372) P. G. O. Art. 107. 122.

373) Auth. Gazaros C. de haereticis (1. 5.); Auth. Agricultores C. quae res pignori (8. 17.); Auth. Habita C. ne filius pro patre (4. 13.).

374) S. z. B. C. 3. qu. 7. C. 6. qu. 1.

375) Reiterbestallung v. 1570. Art. 28. 62.; R. Sch. vom 4. Sept. 1731. §. 3.

kommen, wie auch schon zum Theil bemerkt wurde, einige römische Fälle bei uns nicht vor.

γ) Ueber die Aufhebung der infamia s. §. 95.

c) Von der s. g. infamia facti.

Hierüber habe ich zu §. 96. nur folgende Bemerkungen zu machen: Es sind in neueren Zeiten erhebliche Zweifel dagegen erhoben worden, daß der Ausdruck turpitudo in den Quellen zur technischen Bezeichnung des bloßen schlechten Rufs gebraucht wird; und damit hängt denn die Behauptung zusammen, daß die zurückgesetzten Geschwister wegen des bloßen übeln Rufs des Eingesetzten die querela inofficiosi testamenti nicht anstellen können, und eben so wenig wegen des übeln Rufs des Beschenkten die querela inofficiosae donationis. Es wird nämlich behauptet, der Ausdruck turpitudo bezeichne in der betreffenden Stelle nichts anderes als einen besonders hohen Grad von infamia, und der Ausdruck levis nota im Gegensatze davon die sonstige infamia. Unten in dem s. g. Notherbenrecht werden wir auf diese Frage zurück kommen.

d) Von der levis nota.

Davon handelt §. 97. Auch der Ausdruck levis nota soll nach neueren Schriftstellern in den römischen Quellen nur eine Art der eigentlichen infamia bezeichnen, womit denn zusammen hängt, daß die heutzutage so genannte römische levis nota auch bei den Römern keine Ehrenschmälerung gewesen seyn soll, die zu der Querel hinreichte. Auch davon unten mehr.

III. Von den juristischen Personen.

A. Begriff und verschiedene Arten.

Früher behandelte man die Ausdrücke juristische Person und universitas (s. g. universitas personarum) als gleichbedeutend, und noch jetzt thut dieses Thibaut in seinem Pandekten-Systeme. Durch Heises Grundriß ist es aber

in neuerer Zeit gewöhnlich geworden, die juristischen Personen auf die oben angegebene Weise zu definiren, die universitates nur als eine Art derselben anzusehen, und neben dieser noch mehrere andere Arten aufzuführen, wie dieses namentlich auch Wening im §. 98. und fgg. thut. In der neuesten Zeit wurde diese Ansicht angegriffen, namentlich von Roßhirt in der angeführten Abhandlung, aber auch mehrfach in Schutz genommen, und am ausführlichsten in der citirten Schrift von Mühlenbruch, welche, so wie mehrere andere Schriften über die juristischen Personen, durch das Testament von Städel zu Frankfurt am Main veranlaßt wurde, worin das Vermögen des Testators für ein nach dessen Willen in Frankfurt zu errichtendes Kunstinstitut bestimmt war.

Mir scheint es, dieser theoretische Streit sey großentheils ein bloßer Wortstreit, und führe nur in Beziehung auf milde Stiftungen zu praktischen Resultaten. Gehen wir die Dinge, welche der eine Theil für, von den universitates verschiedene, juristische Personen ansieht, einzeln durch:

1) Die Staatskasse wird freilich in dem juristischen Sprachgebrauch personificirt, indem von Rechten und Verbindlichkeiten, von Klagen und Einreden u. s. w. des Fiscus die Rede ist [376]). Sehen wir aber auf den Sinn dieses Sprachgebrauchs, so finden wir, daß in allen solchen Verbindungen die Ausdrücke: Staatskasse, Fiscus, Aerarium u. s. w., nur eigentlich gebraucht werden, um den Staat selbst, also eine universitas, in seinen Vermögensverhältnissen zu bezeichnen. Wenn Wening sogar behauptet, die einzelnen Abtheilungen (stationes) des Fiscus gelten als verschiedene selbstständige Subjecte, so kann er sich nur auf die Vorschrift stützen, daß man nicht berechtigt seyn soll, dasjenige, was man von der einen Abtheilung zu beziehen hat, bei der andern, in welche man etwas schuldig ist, zur Compensation zu bringen [377]). Diese Vorschrift beweißt aber

---

[376]) S. die Citate in den Noten des §. 66.

[377]) §. 66. Note 11.

das, was sie beweisen soll, eben so wenig, als man aus den bekannten Regeln, wonach ein Gläubiger das, was er zu fordern hat, nicht an jedem Orte anzunehmen braucht [378]), deduciren kann, ein Individuum, welches an dem einen Orte eine Zahlung in Anspruch zu nehmen hat, und an dem andern Orte wohnt, oder sich zufällig aufhält, oder ein Comtoir hat, gelte als zwei selbstständige Subjecte, etwa als eine physische und daneben noch als eine juristische Person.

2) Von einer körperlichen und namentlich von einer unbeweglichen Sache heißt es zuweilen in den Quellen: es stehe ihr dieses und jenes Recht zu. So heißt es z. B. in Beziehung auf Prädialservituten: **praedium, quod habet servitutem, praedium, cui debetur servitus** [379]). Aber auch dieser Sprachgebrauch ist ein uneigentlicher. Es soll damit nur gesagt werden: das Recht geht mit dem Gute auf jeden neuen Eigenthümer über. Dieser ist der Berechtigte; und es ist also nicht nöthig, eine Person zu fingiren, um ihr das in Frage stehende Recht zuzuschreiben. Denkt man sich nun gar die unnöthig fingirte Person als etwas mit dem Grundstücke verbundenes, etwa als die Seele des Grundstücks; so muß man, um consequent zu seyn, auch weiter sagen: sie sey der absoluten Willkühr des jeweiligen Eigenthümers hingegeben, sie werde mit dem Eigenthum verschenkt, vertauscht, verkauft, vererbt, vermacht u. s. w. Alles dieses verträgt sich aber durchaus nicht mit dem Begriffe einer Person [380]). Diesem letzten Vorwurf entgeht man freilich, wenn man mit Hugo [381]) die aufeinander folgenden Eigenthümer der Liegenschaft, womit eine Servitut oder ein ähnliches Recht verbunden ist, als eine Person ansieht. Allein alsdann hat man nicht einmal den

378) Wening B. III. §. 25. und 26.

379) Wening B. II. §. 80. Note d.

380) Auch fragt v. Buchholz in seinen Versuchen S. 164 Note 17 mit Recht: wie alsdann der Eigenthümer des s. g. herrschenden Guts ohne Mandat oder dergleichen zu der Befugniß komme, für die fingirte Person **directas actiones** anzustellen.

381) S. Dessen Lehrbuch des heutigen römischen Rechts. Berl. 1826 S. 29.

Sprachgebrauch für sich, und immer bleibt die Fiction unnöthig. Wir haben hier nichts anderes als einen Successionsfall. Wer **hier** eine von den Personen der einzelnen nacheinander folgenden Inhaber verschiedene juristische Person annimmt, der muß, um consequent zu seyn, bei jedem andern Rechtsverhältniß, welches von einer Person auf die andre übergeht, dasselbe thun. Es kommt also darauf an, ob etwas dadurch gewonnen wird, z. B. an Klarheit der Begriffe, wenn man, so oft es sich um eine Succession des B in ein Rechtsverhältniß des A handelt, statt dieser Bezeichnung die wählt, daß man das fragliche Rechtsverhältniß einer juristischen Person zuschreibt, deren Substrat A und B nebst ihren Vorgängern und Nachfolgern sind. Man bedenke, daß diese Abänderung im Sprachgebrauche sehr groß seyn würde. So müßte man z. B. fast von jedem Eigenthum, welches nach dem jetzigen Sprachgebrauch dem Individuum X zusteht, sagen: es gehört einer juristischen Person, deren gegenwärtiger Vertreter oder dergleichen das Individuum X ist. Man bedenke, daß die Juristen auf diese Weise die Welt mit juristischen Personen, von denen die Gesetze nichts wissen, gar sehr bevölkern würden. Am sonderbarsten wäre es, wenn dies die nämlichen Juristen thäten, welche bei Gelegenheit der milden Stiftungen den allgemeinen Satz aufstellen, daß keine juristische Person ohne besondere Staatsgenehmigung entstehen könne.

3) Die Regentengewalt soll in Monarchien nicht dem **Monarchen**, sondern einer juristischen Person zustehen, deren Substrat der Monarch mit seinen Vorfahren und Nachfolgern ist. Dafür kann man sich auch auf den Sprachgebrauch berufen, welcher „Rechte der Krone" und dergleichen statuirt, und wenigstens in **Beziehung** auf Erbmonarchieen auch auf das Sprichwort: „der Regent stirbt nicht". Ist es aber nicht einfacher, verständlicher und wahrer, wenn man die Regentengewalt dem jeweiligen Monarchen zuschreibt, und die Identität seines Rechtsverhältnisses mit dem seines Vorgängers aus seiner **Succession** in das letztere erklärt?

Auch hier frage ich: warum etwas fingiren, was man mit demselben Recht oder mit demselben Unrecht bei jeder anderen Succession fingiren könnte, und nicht fingirt? Daß der Ausdruck „Rechte der Krone“ mit meiner Ansicht nicht im Widerspruch steht, brauche ich wohl nicht zu beweisen; und das angeführte Sprichwort soll nur sagen: in dem Augenblicke, wo der bisherige Monarch stirbt, ist der durch das geltende Staatsrecht berufene Nachfolger ipso jure Monarch.

4) Auch Staats-, Kirchen- und sonstige Beamten-Stellen, die keine Collegien sind, sondern von einzelnen Individuen verwaltet werden, z.B. Einzelrichterstellen, sollen juristische Personen seyn. Hier ist aber das Verhältniß eben so wie bei dem Regenten, nur mit dem Unterschiede, daß der Beamte seine Amtshandlungen nicht proprio jure, sondern als Repräsentant des Staats und beziehungsweise der Kirche, der Stadtgemeinde u. s. w. vornimmt.

5) Die hereditas jacens zählen deswegen manche Juristen zu den juristischen Personen, weil das römische Recht, um die wirklich Statt findende[382]) vorübergehende Herrnlosigkeit für die Successoren des Erblassers sowohl als für dritte Personen, z. B. für Diejenigen, welche durch Erbschaftssclaven und Thiere in Schaden versetzt werden, unschädlich zu machen, in mancher Beziehung[383]) fingirt, der Erblasser lebe noch. Daß diese Fiction Statt findet, leidet keinen Zweifel. Was fingirt wird, sprechen mehrere von den in der Note h citirten Stellen ganz deutlich aus. Andere nennen uneigentlich die hereditas als Rechtssubject, namentlich als Herrin der Erbschaftssclaven. Ja das angeführte fr. 22. sagt geradezu: „hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas.“ Liegen nun in dem Gesagten hinlängliche Gründe, die hereditas jacens zu

---

382) Die meisten Stellen der Note h im §. 65 sprechen dieses deutlich aus.

383) Es wird z. B. nicht fingirt in Beziehung auf den Besitz, den der Erblasser hatte — fr. 1. §. 15. D. si is qui testam. lib. esse juss. erit, ante adit. hered. subrip. aut corrupisse quid dicetur (47. 4.) — einen einzigen Fall ausgenommen, wovon unten B. II. §. 47 unter A. die Rede ist.

den juristischen Personen zu zählen? Meine Ansicht ist folgende: Wenn sich unter den bisher erörterten fünf Fällen einer befindet, in welchem eine juristische Person anzunehmen ist, so ist es dieser; denn hier allein wird eine Person fingirt, welcher Rechte und Verbindlichkeiten zugeschrieben werden, für die in der Wirklichkeit, wenigstens für den Augenblick, kein Subject vorhanden ist. Da übrigens die ganze Fiction darauf hinaus läuft, daß der Tod eines Menschen nicht sogleich alle juristische Wirkungen äußert, so läßt sich das Verhältniß recht gut verstehen, ohne daß man von einer juristischen Person spricht, was bei einer Gemeinheit nicht der Fall ist.

6) Unter milden, frommen und gemeinnützigen Stiftungen versteht man Fonds, die Jemand ausgesetzt hat, damit ihre Einkünfte zur Gottesverehrung, oder zu Wohlthaten, oder zum gemeinen Nutzen verwendet werden. Der Sprachgebrauch pflegt sie zu personificiren, und seit dem ersten Erscheinen des Grundrisses der Pandekten von Heise ist es auch ziemlich gewöhnlich geworden, sie für selbstständige juristische Personen zu erklären. Roßhirt hat in der angeführten Abhandlung darauf aufmerksam gemacht, daß dieses nicht der Sinn des römischen [384]) und des canonischen [385]) Rechts ist, daß vielmehr nach diesen beiden Quellen jede Stiftung als ein Vermögen betrachtet werden muß, welches einer Gemeinheit (gewöhnlich einer kirchlichen, und am allergewöhnlichsten einer eigentlichen Kirchengemeinde), unter Auflegung eines modus gegeben ist. Mühlenbruch, der der Roßhirt'schen Auslegung der fremden geschriebenen Rechte beitritt, behauptet, diese seyen durch das gemeine ungeschriebene Recht abgeändert [386]). Da er dieses jedoch nicht beweißt, so wird man die fremden Rechte hier noch

---

[384]) S. besonders c. 24. 49. §. 2. C. de episcop. et cleric. (1. 3.); Nov. 131 cap. 11.

[385]) J. H. Boehmer jus eccles. protest. Lib. 3. Tit. 5.

[386]) S. die angeführte Schrift S. 77. ferner S. 177. fgg.

als entscheidend ansehen müssen, insoweit nicht geschriebene oder ungeschriebene Particularrechte entgegen stehen.

Ist man über diese Cardinalfrage der aufgestellten Ansicht, so ergibt sich die Beantwortung der übrigen in neuerer Zeit aufgeworfenen Streitfragen über die Stiftungen von selbst.

Man hat darüber gestritten, ob zur rechtlichen Entstehung einer Stiftung die Genehmigung der Regierung erforderlich sey oder nicht. Von Denjenigen, welche die Stiftungen als selbstständige juristische Personen ansehen, wollen Manche, und namentlich auch Mühlenbruch, dasjenige, was über die universitas festgesetzt ist, auf sie analog angewendet wissen. Nach unserer Ansicht aber muß man unterscheiden zwischen den Fällen, wo durch eine Stiftung eine universitas, z. B. ein Kloster, eine Universität, ins Leben gerufen werden soll, und zwischen gewöhnlichen Stiftungen. In Fällen der ersten Art ist die erwähnte Regel für die universitates direct anwendbar. Andere Stiftungen aber erscheinen als institutiones, legata und donationes sub modo für eine bereits bestehende Gemeinheit. Es kommt daher darauf an, inwieweit die Gemeinheit nach dem einschläglichen Particularrecht zur gültigen Annahme solcher Zuwendungen einer Art von obervormundschaftlicher Genehmigung bedarf. Jedenfalls braucht diese aber, als bloßer Consens zur Annahme, wenn es sich um Stiftungen handelt, die in einem letzten Willen gemacht werden, erst nach dem Tode des Stifters zu erfolgen.

Man streitet auch darüber, zu welchen Zwecken Stiftungen errichtet werden können. Auch hier muß man von der angegebenen Unterscheidung ausgehen. Von Gemeinheiten, die durch Stiftungen entstehen sollen, gilt in dieser Beziehung dasselbe, was von neu zu errichtenden Gemeinheiten überhaupt gilt. Wenn nämlich die Regierungsgenehmigung ertheilt ist, so ist auch der Zweck genehmigt. Dagegen bei Stiftungen, die einer bestehenden Gemeinheit zugewendet werden, entscheiden lediglich die Grundsätze über

institutiones, legata und donationes sub modo; und man braucht daher nicht ängstlich nach denjenigen Stiftungen zu fragen, die schon im römischen und im canonischen Recht ausdrücklich gebilligt werden.

Was endlich die Privilegien betrifft, die zu Gunsten der Stiftungen Statt finden, so sind es nach dem römischen und canonischen Rechte die nämlichen, die überhaupt bei dem Vermögen der Kirchen und der kirchlichen Corporationen gelten [387]. Dieses ist offenbar nur eine Folge davon, daß in den einschläglichen Stellen immer von Stiftungen die Rede ist, die zu dem Vermögen dieser Corporationen gehören. Heutzutage, wo auch Stiftungen vorkommen, die anderen Gemeinheiten zustehen, muß man wohl den allgemeinen Satz aufstellen, daß die Stiftungen die Privilegien des Subjects genießen, zu dessen Vermögen sie gehören, z. B. Stiftungen, die einer Stadt angehören, die Privilegien des städtischen Vermögens. Vielleicht ließe es sich auch nachweisen, daß den einer weltlichen Corporation angehörigen Stiftungen außerdem noch die Privilegien des Kirchenvermögens zustehen, insoweit sie solche sind, wodurch kirchliche Zwecke gefördert werden.

Soviel über die Frage, was es für Arten von juristischen Personen gebe. Da nach dem Gesagten nur die Gemeinheiten, und höchstens die hereditas jacens, wovon unten im sechsten Buche die Rede seyn wird, hierher gehören, so habe ich mich bei den nun anzugebenden Regeln über die juristischen Personen lediglich auf die universitates zu beschränken.

B. Regeln über die universitates im Allgemeinen.

1) Der Begriff und die allgemeine Natur der Gemeinheiten wird im §. 100 richtig dargestellt. Nur kann ich mir keinen Verein denken, welcher eine fingirte Persönlichkeit hätte, und wobei doch das nicht Statt fände, was Wening als das Charakteristische bei den Gemeinheiten an-

---

[387]) Wening §. 106. Note o.

steht. Ich kann mir nämlich keine Rechte und Verbindlichkeiten denken, die zugleich einer fingirten Person ausschließlich zustehen und obliegen, und zugleich auch pro rata den einzelnen physischen Personen, aus welchen der Verein besteht, dem die fingirte Persönlichkeit zusteht. Ich behaupte daher, die fingirte Persönlichkeit sey das Charakteristische bei einer Gemeinheit, und was Wening für das Charakterische erklärt, sey nur eine Consequenz, zu welcher jene Fiction führt.

2) Ueber die Rechtsverhältnisse

a) der Gemeinheit selbst s. §. 101. — Daß eine Gemeinheit nicht in Familienverhältnissen stehen kann, versteht sich von selbst. Eben so wenig kann sie eigentliche Testamente und Codicille errichten. Daß eine Gemeinheit als solche durch widerrechtliche Handlungen obligirt wird, wie eine Privatperson, darüber kann nach den Stellen der Note y kein Zweifel seyn. Eine sehr streitige Frage des Criminalrechts ist aber die, in wieweit eine Gemeinheit wegen einer ihr als solcher zuzuschreibenden widerrechtlichen Handlung mit einer öffentlichen Strafe belegt werden kann [388]. — Mit dem im §. vorkommenden Ausdruck Statuten [389]) bezeichnet man überhaupt die für eine Gemeinheit oder eine Gesellschaft aufgestellten besonderen Normen, sie mögen von dem Verein selbst ausgehen oder von dem Staate. In dem ersten Falle nennt man sie statuta conventionalia, in dem letzten legalia; jedoch wird der Ausdruck statuta legalia auch von denjenigen von einem Verein ausgehenden Statuten gebraucht, durch welche die der Autonomie eines Vereins im Ganzen gezogenen Schranken, z. B. rücksichtlich der Personen, welche dadurch gebunden werden sollen, überschritten werden, weswegen denn eine besondere Autorisation dazu von Seiten des Staats oder eine specielle Bestätigung von demselben zu ihrer Gültigkeit erforderlich ist. Gewöhnliche

[388]) S. z. B. die in der Note y citirten Bücher von Tittmann und Feuerbach.

[389]) S. darüber z. B. Thibaut Pandekten-System §. 22. und Glück a. a. O.

Conventsionalstatuten binden nämlich nur die Gemeinheitsglieder, und bei Gemeinden im engeren Sinne oder Communen, wie man gewöhnlich annimmt, als Realstatuten, diejenigen, welche Liegenschaften haben oder erwerben, die zu der Gemarkung gehören.

b) Ueber die Rechtsverhältnisse der Gemeinheitsglieder als solcher s. §. 102. Wenn übrigens Wening behauptet, die zu einem gültigen Gemeinheitsbeschluß erforderliche Majorität müsse so groß seyn, daß auch die Stimmen derjenigen, welche nicht anwesend sind, nicht im Stande seyn würden, die Mehrheit auf die andere Seite zu bringen, so kann er keine Stelle des gemeinen Rechts für sich anführen. Da nun die in der Praxis befolgte Regel: absens carens, der Natur der Sache entspricht, so ist anzunehmen, daß auch das römische Recht von ihr ausgehe. Daß zwei Drittheile der convocirten Gemeinheitsglieder erschienen seyn müssen, wie Wening von der Wahl eines Syndikus insbesondere behauptet, das sagt die angeführte Stelle von dem Falle, wenn diese Wahl von dem Senate einer römischen Stadt vorgenommen wird, und andere Stellen [390]) sagen es allgemein von allen Beschlüssen eines solchen Senats. Es ist daher jedenfalls unrichtig, es als Etwas Besonderes bei der Wahl eines Syndikus anzusehen; und es kann nur die Frage seyn, ob das, was das römische Recht von einer bestimmten Art von Gemeinheiten sagt, auf alle Gemeinheiten anzuwenden ist, wie Thibaut behauptet, oder ob es auf jene Art zu beschränken ist, wie Mackeldey behauptet. Die Frage läßt sich bei der Lage unserer Quellen nicht mit völliger Bestimmtheit beantworten; auch werden die Statuten der einzelnen Gemeinheiten und die sonstigen particularrechtlichen Bestimmungen meistens ausreichen, so daß es nicht nöthig ist, auf das römische Recht zurück zu gehen. Uebrigens hat Mackeldeys Ansicht außer den Regeln der grammatischen

---

[390]) fr. 3. D. de decretis ab Ord. faciendis (50. 9.) c. 45. (in einigen Ausgaben c. 46.) C. de decurionib. (10. 31.).

Interpretation auch noch den guten Grund für sich, daß sehr leicht die besonderen Rechtsverhältnisse bei den Curien, und namentlich die Zahl ihrer Mitglieder, hier eine besondere Bestimmung herbei führen könnte. Deswegen möchte diese Bestimmung auch nicht einmal bei unseren heutigen Stadtmagistraten anzuwenden seyn, die nicht ganz dasselbe sind, was die Curien in den römischen Municipien waren.

c) Die Rechtsverhältnisse der Gemeinheitsvorsteher werden im §. 103 angegeben, wozu ich Folgendes zu bemerken habe: — Die Erben eines Vorstehers stehen nur für dessen dolus und lata culpa ein [391]. — Die Frage: ob die Bürgen und Nominatoren vor oder nach den Collegen in Anspruch zu nehmen sind, ist nur dann mit der von Wening angegebenen Unterscheidung zu beantworten, wenn es sich nicht um Magistratspersonen, sondern um Inhaber sonstiger munera handelt. Der College einer Magistratsperson kann, auch wenn die Administration nicht getheilt war, nur nach den Bürgen und Nominatoren belangt werden [392]. — Das beneficium divisionis cessirt im Falle des dolus [393].

3) Was die Entstehung und die Aufhebung der universitates betrifft, so habe ich lediglich auf §. 104 zu verweisen, und nur über das Schicksal des Vermögens einer aufhörenden Gemeinheit Folgendes hinzuzufügen.

Hierüber haben wir keine ausdrückliche Bestimmung. Denn die Pandektenstelle, worauf man sich zuweilen beruft, redet nicht von einer wahren Gemeinheit, sondern von einem collegium illicitum [394].

---

391) fr. 4. 6. D. de magistratib. conveniend. (27. 8.). Auch die Erben eines Vormunds stehen nicht für mehr ein.

392) fr. 11 — 43. D. ad municip. (50. 1.) c. 4. C. quo quisque ordine (11. 35.). Muehlenbruch D. P. §. 199.

393) fr. 7. cit.

394) fr. 3. pr. D. de colleg. et corporib. (47. 22.). Nach dieser Stelle sollen die Mitglieder eines aufgelößten collegii illiciti das zusammengebrachte Vermögen unter sich theilen dürfen.

In der angeführten Abhandlung von Marezoll wird folgendermaßen unterschieden: War die aufgelößte universitas eine öffentliche, so daß ihr Vermögen schon bisher als pecunia publica erschien, so gehört dasselbe fortwährend dem Staate, und es ändert sich daran nichts, als daß seine bisherige specielle Bestimmung aufhört. War sie dagegen eine Privatgemeinheit, so kommt alles darauf an, auf welchem Wege sie aufgehoben wird. Hört sie in Folge eines Criminalurtheils auf, welches zugleich auf allgemeine Vermögensconfiscation erkennt, so wird das Vermögen natürlich confiscirt. Hört sie durch ein gerichtliches Urtheil auf, welches nicht auf Vermögensconfiscation erkennt, oder durch eine Verfügung der Staatsregierung, so können die bisherigen Mitglieder das Vermögen theilen. Lößt sie sich durch eigenen Beschluß auf, so entscheidet die bei der Auflösung selbst getroffene Verabredung. Hört sie endlich dadurch auf, daß das letzte Mitglied stirbt, so fällt das Vermögen als bona vacantia an den Fiscus, sie müßte denn noch bei ihrem juristischen Bestehen auf verfassungsmäßigem Wege darüber verfügt haben.

Mir scheinen einige von diesen Distinctionen unbegründet. Wenn nämlich eine Privatgemeinheit ohne ein auf Vermögensconfiscation gehendes gerichtliches Urtheil aufhört, so kann meines Erachtens immer ein verfassungsmäßiger Gemeinheitsbeschluß vorliegen, und nicht blos in den beiden Fällen, wenn sie ausstirbt, oder sich durch eigenen Beschluß aufhebt. Und liegt kein solcher Beschluß vor, so weiß ich keinen Grund, warum das Vermögen einer ausgestorbenen Privatgemeinheit anders behandelt werden soll, als das einer durch das Gericht, oder durch die Regierung, oder durch eigenen Beschluß, aufgehobenen Gemeinheit derselben Art. Ist es im Falle des Aussterbens unbedingt als erbloses Vermögen zu behandeln, warum soll nicht dann dasselbe eintreten, wenn sich die Gemeinheit selbst, oder wenn sie das Gericht oder die Regierung getödtet hat? Und fällt es im Falle der Auflösung von Seiten der Regie-

rung an die letzten Mitglieder, warum soll es nicht dann auch im Falle der Auflösung durch Gemeinheitsbeschluß an diese, und im Falle des Aussterbens an die Erben des zuletzt Verstorbenen fallen? Es scheint mir also einer von diesen vier Fällen behandelt werden zu müssen wie der andere. Aber schwierig scheint mir die sehr bestrittene Frage: ob in allen diesen Fällen das Vermögen als bona vacantia an den Fiscus fällt, oder ob es in allen Fällen an die letzten Mitglieder und resp. an die Erben des letzten Mitglieds fällt. Gewöhnlich nimmt man das Letzte an, und dieses scheint auch deswegen den Vorzug zu verdienen, weil es als stillschweigend verabredet anzusehen seyn möchte.

C. Von besonderen Arten der universitas.

1) Ueber den Staat resp. Fiscus s. §. 99. Das citirte fr. 10., welches nach der gewöhnlichen Auslegung in zweifelhaften Fällen allgemein gegen den Fiscus entschieden haben will, wird auch dahin verstanden, daß blos zweifelhafte Privilegien des Fiscus nicht zur Anwendung zu bringen seyen [395]). In diesem Sinne genommen enthält die Stelle nichts besonderes, sondern nur eine Anwendung einer allgemeinen Interpretationsregel. Da wir aber meines Wissens keine besondere Gründe haben, die Stelle (welche aus Modestins lib. sing. de praescriptionibus entnommen ist), anders als wörtlich zu verstehen, so wird die gewöhnliche Ansicht den Vorzug verdienen. Die Worte sind nämlich kurz folgende: „Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit".

2) Ueber die Städte, civitates, auch respublicae genannt, s. §. 105.

---

395) Muehlenbruch D. P. §. 202.

IV. Von der Verbindung mehrerer Personen.

A. Objective (durch gemeinschaftliche Rechtsverhältnisse).

Darüber s. §. 107. Nimmt man zu demjenigen, was hier bei der Note q über die Erfordernisse zu einer eigentlichen Gemeinschaft gesagt wird, und wonach namentlich bei obligationes in solidum keine communio Statt findet, noch hinzu, daß die sogenannten obligatiooes pro rata — ipso jure getheilt sind, und daß die Prädialservituten wegen ihrer Untheilbarkeit jedem Miteigenthümer des herrschenden Gutes ganz zustehen, so ergibt es sich von selbst, daß nur dingliche Rechte, bei denen ideelle Theile möglich sind, Gegenstand einer wahren communio seyn können. Die Regeln über die communio gibt Wening richtig an; nur gehören die Bemerkungen, worauf sich die Noten t und y beziehen, nach dem Gesagten nicht hierher.

B. Subjective.

Darüber §. 108.

Fünftes Kapitel.

Von den Sachen [396]).

I. Begriff von Sachen überhaupt und von körperlichen und unkörperlichen insbesondere.

Der Ausdruck res hat in den Quellen des römischen Rechts außer einer weiten vagen Bedeutung [397]), in welcher

---

396) In dieses Kapitel, und in die Lehre von dem Besitze und von den dinglichen Rechten, schlagen ein: Alex. Aug. v. Buchholz Versuche über einzelne Theile der Theorie des römischen Rechts. Berlin 1831. 8. — S. darüber: Schunck Jahrb. Bd. 17. S. 1—16.

397) Wening §. 109 Note ll.

er z. B. auch für Handlungen [398]) und für Personen [399]) gebraucht wird, auch eine engere mehr juristische, mit der wir uns hier allein zu befassen haben. Es ist dies die Bedeutung, welche dem Worte zu Grund liegt, wenn es heißt: omne jus, quo utimur (zunächst das Privatrecht) pertinet vel ad personas, vel ad res, vel ad actiones [400]).

Die res in diesem Sinne theilen sich ein in corporales und incorporales [401]).

Die res corporales sind in die äußeren Sinne fallende Wesen, die nicht zu den Personen gehören, also mit kurzen Worten rechtlose Körper, z. B. Sclaven, Thiere, Grundstücke. Die res incorporales sind nichts Anderes, als Vermögensstücke, die nicht in die äußeren Sinne fallen, oder, mit andern Worten, die Vermögensrechte außer dem Eigenthum.

Wenn es nämlich auch unrichtig ist, daß die Römer, mit dem Ausdruck res corporalis wirklich ein Recht, nämlich das Eigenthum, bezeichnen wollen, wie v. Buchholz annimmt, indem er behauptet: res bedeute bei der Eintheilung in corporales und incorporales nichts Anderes als Rechte [402]); so ist es doch eine bekannte Sache, daß die Römer, wenn sie von der Erwerbung, von dem Verlust und von der Einklagung des Eigenthumsrechts sprechen wollen, dieses gewöhnlich in der Art thun, daß sie statt des Eigenthums den Gegenstand desselben, die körperliche Sache,

[398]) S. z. B.: pr. J. de oblig. quae ex delict. nasc. (4. 1.); c. 1. C. de liber. causa (7. 16.).

[399]) Hierher gehört: fr. 30. pr. D. de V. S. (50. 16.) v. populus; aber nicht, wie v. Buchholz a. a. O. Abh. 1. behauptet, auch §. 1. J. de reb. corporal. et incorporal. (2. 2.) und §. 23. J. de legat. (2. 20.); denn hier bezeichnet der Ausdruck homo offenbar einen Sclaven, also keine Person.

[400]) Gaj. I. §. 8; §. ult. J. de jure nat. gent. et civ. (1. 2.); fr. 1. D. de statu hom. (1. 5.).

[401]) Wening §. 114. v. Buchholz a. a. O. Abh. I.

[402]) In fr. 18. §. 2. D. de hered. pet. (5. 3.), und in fr. 23. D. de V. S. (50. 16.), worauf er sich beruft, werden jura und corpora einander entgegengesetzt; und in fr. 4. §. 27. D. de usurp. et usucap. (41. 3.), so wie in c. 3. C. de quadr. praescr. (7. 37.), möchte der Ausdruck jus incorporale nicht mehr sagen, als: ein Recht, das zu den unkörperlichen Sachen gehört. S. auch Schuncks Jahrb. a. a. O. S. 3—5.

nennen [403]), was bei der Natur des Eigenthums nicht zu verwundern ist. So wie sie nun die gewöhnlichsten Bestandtheile des Vermögens mit dem Namen res corporales belegen, so bezeichnen sie alles Vermögen als res, und nennen die übrigen Bestandtheile desselben res incorporales. Auf diese Weise kommen sie denn zu dem auf den ersten Anblick auffallenden Sprachgebrauch, welcher gewisse Rechte als res incorporales bezeichnet, während er den Ausdruck res corporales für gewisse Dinge gebraucht, die höchstens als Gegenstände von Rechten vorkommen.

Ist das Gesagte wahr, so läßt sich ein gemeinschaftlicher Begriff für res corporales und incorporales nicht wohl aufstellen. Man kann sie nicht einmal als Vermögensstücke bezeichnen, da es, wie wir unten [404]) sehen werden, auch körperliche Sachen gibt, die nicht zu einem Vermögen gehören, ja auch solche, die zu keinem Vermögen gehören können.

Mit dem Gesagten stimmen die §§. 109 und 114 in mehreren Punkten nicht überein:

1) Der Ausdruck res soll in einer anderen als der weiten vagen Bedeutung auch die Handlungen als eine Art von Objecten von Rechten bezeichnen. Dieses wird sich aber nicht nachweisen lassen.

2) In dem §. 109 werden die res im Allgemeinen als Objecte von Rechten bezeichnet. Dies ist natürlich unrichtig, wenn es wahr ist, daß die res incorporales sämmtlich oder auch nur zum Theil Rechte sind.

3) Der Ausdruck res incorporales soll nach §. 114 auch für Gattungen gebraucht werden. Das Wahre an dieser Behauptung ist Folgendes: Ein Gläubiger, der körperliche

---

403) S. z. B. T. T. J. de rer. divis. et acquir. ear. dom. (2. 1.) und T. T. D. de acquir. rer. dom. (41. 1.), wo nur in den Rubriken ein anderer Sprachgebrauch herrscht, ferner rubr. et T. T. de rei vind. D. (6. 1.) et C. (3. 32.).

404) Unter II. Wening §. 110 S. auch fr. 5. pr. D. de V. S (50. 16.).

Sachen zu fordern hat, kann bald certa corpora in Anspruch nehmen, bald nur eine bestimmte quantitas von Sachen einer bestimmten Art, oder von Sachen aus einer bestimmten Masse, so daß es von dem Bezahlenden abhängt, welche corpora jener bekommt. Dies gibt Veranlassung dazu, daß in dem citirten fr. 94. corpora und quantitas (sc. corporum) einander entgegen gesetzt werden, und daß in dem citirten fr. 34. unterschieden wird, ob corpus (sc. idem) oder quantitas eadem in einem letzten Willen mehrmals legirt wird. Daraus folgt aber nicht, daß die quantitas corporum als eine besondere Sache, als eine res incorporalis, zu betrachten wäre. Eher noch kann man sich für diese Behauptung auf das angeführte fr. 46. und auf eine andere Pandektenstelle [405]) mit einigem Schein berufen. Hier werden Geld und res corporales einander entgegen gesetzt. Von dem Gelde, als allgemeinem Tauschmittel, darf man aber auf andere genera keinen Schluß machen. Auch wird selbst das Geld nicht mit dem Ausdruck res incorporales bezeichnet. Eine Erweiterung des Begriffs der res incorporales über den sonst bekannten Umfang hinaus, kann also auch aus diesen Stellen nicht mit Grund gefolgert werden.

4) Inwiefern universitates zu den unkörperlichen Sachen gezählt werden, wollen wir unten bei Gelegenheit des §. 118. sehen.

5) Wening hebt heraus, daß nicht alle Rechte als res incorporales anzusehen seyen, und aus seinen Citaten, so wie aus dem Grunde, den er angibt, geht hervor, daß er auch nicht alle Vermögensrechte außer dem Eigenthum dahin zählt.

In den Quellen werden als res incorporales beispielsweise angegeben das Erbrecht, die Servituten und die Forderungen. In Ulpians Fragmenten [406]) wird auch

---

[405]) fr. 95. D. de legat. III. (32.).

[406]) Tit. 19. §. 11.

einer gewissen Art von tutela, nämlich der veralteten legitima mulierum tutela der Name res incorporalis beigelegt. Die hereditas und die Servituten haben mit den res corporales manches gemein. Namentlich wurden jene wie diese ehemals im alten Sinne des Worts vindicirt[407]), und auch später wie diese mit einer actio in rem, wobei es auf das meum esse ankam, eingeklagt[408]); sie wurden wie diese in jure cedirt[409]), was auf einer Schein-Vindication beruht[410]); sie wurden früher wie diese usucapirt[411]); sie wurden wie diese besessen, wenn auch nur quasi[412]); auch die alte Eintheilung in res mancipi und nec mancipi bezog sich mit auf sie, und die Servituten gehörten zum Theil zu den res mancipi[413]). Von der legitima mulierum tutela ist in dieser Beziehung nur das bekannt, daß sie in jure cedirt werden konnte[414]). Von den obligationes wüßte ich mit Welcker nichts hierher Gehöriges anzuführen, als daß Erbschaftsforderungen, als Theile der Erbschaft, unter Umständen mit der hereditatis petitio, also mit einer actio in rem, eingeklagt werden können.

Es fragt sich nun: läßt sich aus diesen Daten die von mir oben aufgestellte Regel folgern, daß alle Vermögensrechte, mit Ausnahme des Eigenthums, nach dem römischen Sprachgebrauch res incorporales seyen?

Daß vor allem keine andere Rechte als Vermögensrechte hierher gehören, ersieht man schon ziemlich klar aus den angeführten Beispielen, unter welchen das der Tutel keine Schwierigkeit macht, indem bekanntlich in der älteren Zeit, aus welcher die betreffende Stelle herrührt, die Vormundschaft überhaupt, und besonders die legitima tutela und curatio als ein Recht des Vormunds, und zwar als ein Vermögensrecht, angesehen wurde[415]); und vollends

---

407) Gaj. IV. §. 17.

408) S. z. B.: Gaj. IV. §. 3, 16. 17; §. 1. 2. J. de actionib. (4. 6.).

409) Gaj. II. §. 29. 30. 34. 35. Ulp. XIX. §. 11—14.

410) Gaj. II. §. 24. Ulp. XIX. §. 9. 10.

411) Gaj. II. §. 52—58; fr. 4. §. 29. D. de usurp. (41. 3.).

412) S. unten §. 181 und meine Bemerkungen dazu.

413) Gaj. II. §. 28—34.

414) Ulp. XIX. §. 11.

415) Wening B. 4. §. 193.

bewiesen wird es dadurch, daß das ganze jus personarum und das ganze jus actionum dem jus rerum entgegen gesetzt wird.

Die weitere Frage, ob alle Vermögensrechte außer dem Eigenthum res incorporales sind, hängt nach dem Obigen mit der Frage zusammen, ob auch das dingliche Recht des Superficiars, das dingliche Recht des Emphyteuta und das dingliche Recht des Pfandgläubigers so zu nennen sind, von welchen dieses meines Wissens nirgends in den Quellen speciell gesagt wird. Aus der unten im besonderen Theile vorkommenden näheren Darstellung dieser Rechte ergibt es sich freilich, daß sich von den Eigenheiten, wodurch sich bei der hereditas und bei den Servituten die Eigenschaft als res incorporales so recht kund gibt, bei ihnen keine einzige findet; auch geht daraus, daß sie nirgends in den Quellen res incorporales genannt werden, hervor, daß die Römer nicht so sehr gewöhnt waren, sie als solche anzusehen, wie die Servituten u. s. w.; und endlich könnte man sagen, selbst der Umstand, daß die Lehre von den fraglichen Rechten offenbar in das jus rerum gehört, lasse sich auch erklären, ohne daß man genöthigt sey, sie selbst für res, nämlich für res incorporales, anzusehen, indem ihr Gegenstand zu den res corporales gehöre, und der Berechtigte in mehreren Beziehungen utiliter wie ein Eigenthümer betrachtet werde [417]. Allein was den ersten Punkt betrifft, so findet sich bei den fraglichen Rechten doch wenigstens die Eigenheit, wodurch sich bei den Obligationen ihre Eigenschaft als res incorporales kund gibt, nämlich die, daß sie, wenn sie zu einer Erbschaft gehören, unter Umständen als Theile derselben mit der hereditatis petitio, also mit einer actio in rem incorporalem, eingeklagt werden können [418]. Dieser Umstand hätte auch wohl bewirkt, daß die fraglichen Rechte in den Quellen aus-

[416]) Wening B. 4. §. 111. und die dort citirten Schriftsteller.

[417]) Wening B. 2. §. 112. Note i und k. §. 121 Note aa. §. 184.

[418]) Wening B. 5. §. 193 und 194.

drücklich als res incorporales aufgeführt würden, wenn sie nicht sämmtlich Accessorien von anderen res incorporales, nämlich von Forderungen wären, wozu auch noch kommt, daß zwei davon, nämlich das dingliche Recht des Superficiars und des Emphyteuta, erst in späterer Zeit, und nur durch utiles in rem actiones, entstanden sind. Daß endlich die fraglichen Rechte auch noch aus einem anderen Grunde als Gegenstände des juris rerum betrachtet werden können, ist richtig [419], aber es beweißt nicht, daß nicht auch der Grund eintritt, um den es sich hier handelt, nämlich ihre Eigenschaft als res incorporales. Bei den Servituten kommen ja auch diese beiden Gründe zusammen.

Wären aber meine Gründe für die Behauptung, daß die fraglichen dinglichen Rechte zu den res incorporales gehören, unzureichend, so hätte ich meine These, daß alle Vermögensrechte mit Ausnahme des Eigenthums res incorporales seyen, nur dahin abzuändern, daß ich alle Vermögensrechte mit Ausnahme des Eigenthums und derjenigen dinglichen Rechte, für welche die Klagen des Eigenthümers utiliter gegeben werden, als res incorporales bezeichnete.

III. Eintheilung in res in patrimonio und res extra patrimonium, ferner in res in commercio und res extra commercium.

Von diesen beiden Eintheilungen, welche Wening im §. 110. miteinander vorträgt, wird in den Quellen nur die erste ex professo angegeben [420], während Heise in der Rubrik dieses §. nur die letzte nennt. Bei beiden denken die Römer offenbar nur an körperliche Sachen.

---

419) Ja man kann sie auch wegen ihres Zusammenhangs mit obligatorischen Verhältnissen in die Lehre von den Forderungen ziehen, so daß denn derjenige, welcher das jus obligationum als einen Theil des jus rerum ansieht, auf diese Weise noch einen weiteren Grund finden kann, sie als Gegenstand des jus rerum zu betrachten.

420) Wening Note p und pp.

Bei der ersten Eintheilung bedeutet der Ausdruck res in patrimonio nach der Etymologie offenbar blos die Sachen, die sich wirklich in unserem Vermögen befinden, und nicht auch diejenigen, welche nur fähig sind, sich darin zu befinden. Davon ist aber eine Folge, daß unter res extra patrimonium alle res nullius zu verstehen sind, auch wenn sie fähig sind, res alicujus zu seyn. Res nullius [421]) heißen nämlich: 1) die Sachen, welche in der Lage sind, daß das Eigenthum daran durch Occupation erworben werden kann [422]); 2) die res hereditatis jacentis [423]), deren Occupation, obgleich sie wirklich in keinem Eigenthum stehen, doch nach dem neueren römischen Rechte deswegen ganz unzulässig ist, weil Eigenthümer dafür durch Privatdisposition oder Gesetz besonders designirt sind; 3) die res divini juris [424]); 4) die res communes omnium [425]) und 5) die res publicae [426]).

Die zweite Eintheilung ist nicht blos in Hinsicht des Eintheilungsgrundes von der ersten verschieden, indem sich jene auf die Fähigkeit, Gegenstand von Rechtsgeschäften zu seyn, diese dagegen auf das Eigenthum bezieht, sondern sie fallen auch nicht etwa in der Art zusammen, daß die sämmtlichen res extra patrimonium auch res extra commercium sind, und umgekehrt. Allerdings sind die res divini juris, die res communes omnium und die res publicae zugleich res nullius oder extra patrimonium [427]), und res extra commercium [428]). Aber die res hereditatis jacentis, und die Sachen, welche durch Occupation erworben werden können, sind extra patrimonium [429]), ohne extra commercium zu seyn; und umgekehrt können die Sachen, welche relativ extra commercium sind, recht gut in patrimonio seyn [430]).

[421]) v. Buchholz a. a. O. Abh. 7 S. 70 fgg.

[422]) S. z. B. §. 12. J. de rer. divis. (2. 1.).

[423]) fr. 1. pr. D. de rer. divis. (1. 8.); fr. 3. pr. D. de peculio (15. 1.).

[424]) §. 7. J. de res. divis. (2. 1.).

[425]) fr. 51. D. de contrah. emt. (18. 1.), verglichen mit fr. 2. §. 1. D. de rer. div. (1. 8.).

[426]) fr. 1. pr. D. de rer. div. (1. 8.).

[427]) S. oben die Noten 424-426.

[428]) Wening Note r.

[429]) S. oben die Noten 422 u. 423.

[430]) Wening Noten q und qq.

Nach diesen allgemeinen Bemerkungen zum §. 110 haben wir nun diejenigen Sachen etwas näher durchzugehen, welche zugleich extra patrimonium und extra commercium sind.

A. Ueber die res communes omnium s. §. 111. Das Privateigenthum, welches hier durch Occupation eines Theils erworben wird, dauert nur so lange, bis derselbe wieder in seinen alten factischen Zustand zurück versetzt wird. So hört das Eigenthum an dem durch Errichtung einer Fischerhütte occupirten Theile des Meeresufers auf, sobald die Hütte nicht mehr existirt. So hört das aus einem Flusse geschöpfte Wasser auf im Privateigenthum zu stehen, sobald es auf irgend eine Art wieder fließendes Wasser wird [431]).

B. Ueber die res publicae s. §. 112. Es gehören alle Sachen hierher, welche in publico usu habentur, und nicht communes omnium sind, das Eigenthum mag dem Staate oder einer Gemeinde im Staate zustehen [433]). Flumina publica, woran das Eigenthum einer Gemeinde im Staate zusteht, werden übrigens in den Quellen nicht erwähnt. Demnach ist unter flumen publicum ein flumen zu verstehen, dessen Bett dem Staate angehört, und dessen Gebrauch, so wie der des Ufers, welches übrigens auch im Privateigenthum stehen kann [434]), Jedem gestattet ist. Daß das Wasser res communis omnium ist, ist keine Eigenthümlichkeit des fluminis publici, sondern es gilt nach dem Obigen von jedem fließenden Wasser [435]). Aber bei welchem Wasser treten diese Eigenheiten eines fluminis publici ein? Darüber sind die Quellen scheinbar miteinander im Widerspruch, und jedenfalls sind unsere Juristen verschiedener Meinung [436]). Meine Ansicht ist folgende. Man muß unterscheiden

---

431) S. die Stellen der Note w.

432) Wening Note x.

433) fr. 1. pr. D. de rer. div. (1. 8.); fr. 9. D. de usurp. (41. 3.).

434) Wening Note b und c.

435) Wening §. 111. Note u.

436) Von Wening und den beiden in der Note z citirten Schriftstellern weichen die neusten Schriftsteller wieder ab.

zwischen den Wassern, welche wirklich flumina heißen, und zwischen denjenigen fließenden Wassern, die diesen Namen nicht führen. Die ersten sind nach einer klaren Pandektenstelle alsdann publica, wenn sie perennia sind, d. h. wenn sie regelmäßig zu allen Jahreszeiten Wasser haben, sie sind dagegen nicht publica, sondern privata, wenn sie nur zuweilen, etwa nur zu gewissen Jahreszeiten, z. B. nur im Winter mit Wasser versehen sind, wo sie dann torrentes heißen [437]. Mit diesem Ausspruch der Pandekten steht nur ein anderer Ausspruch in den Quellen, wörtlich genommen, im Widerspruch, nämlich eine Institutionenstelle [438], welche alle flumina für publica erklärt; und diese Stelle macht keine Schwierigkeit, indem sie nur ein ungenauer Auszug einer Pandektenstelle [439], nämlich eines Fragments aus Marcians Institutionen ist, welches sagt: „Sed flumina pene omnia . . . publica sunt". Es gibt aber auch fließendes Wasser, welches sich nicht in einem flumen befindet, und deswegen, auch wenn es beständig fließt, doch zu dem Privatvermögen gehört. Die Grenze zwischen diesen Wassern und zwischen den fluminibus wird freilich nirgends in den römischen Quellen scharf gezogen. Jedoch enthalten dieselben mehrere hierher gehörige Aeußerungen. Erstens werden flumen und rivus einander entgegengesetzt [440]; zweitens wird das Wort rivus zur Bezeichnung der vermöge der servitus aquaeductus bestehenden Wasserleitungen gebraucht, mag nun das Wasser aus fremden Quellen oder vermöge des allgemeinen Gebrauchsrechts aus öffentlichen Flüssen hergeleitet werden [441]; drittens sagt die Stelle, worin flumen

---

[437]) fr. 1. §. 3. D. de flum. (43. 12.).

[438]) §. 2. J. de rer. div. (2. 1.).

[439]) fr. 4. §. 1. D. de rer. div. (1. 8.).

[440]) fr. 1. §. 1. D. de flum. (43. 12.). Freilich kommt rivus auch in einem weiteren Sinne vor und bezeichnet dann den alveus fluminis, und namentlich auch den alveus fluminis publici. fr. 7. §. 4. D. de acquir. rer. dom. (41. 1.) In diesem Sinne wird das Wort auch gebraucht in fr. 1. §. 4. vergl. mit §. 2. D. ne quid in flum. publ. (43. 13.).

[441]) Rubr. et tot. tit. D. de rivis (43. 21.).

und rivus einander entgegen gesetzt werden [442]): „flumen a rivo magnitudine discernendum est, aut existimatione circumcolentium"; viertens werden die flumina publica in schiffbare und nicht schiffbare eingetheilt [443]), so daß man also die Schiffbarkeit nicht als ein Merkmal der öffentlichen Flüsse ansehen darf. Hiernach wird man denn sagen müssen: ein fließendes Wasser, welches sich durch seine Größe, wobei auch die Länge zu berücksichtigen seyn möchte, zum öffentlichen Gebrauche eignet, oder woran dieser doch nach der Meinung der Nachbarn bisher Statt gefunden hat, ist ein flumen, und wenn es perennirend ist, ein flumen publicum; ein fließendes Wasser dagegen, welches für den öffentlichen Gebrauch nach seiner Lage zu klein ist, und von dem auch die Nachbarn nicht sagen, dieser sey bisher gemacht worden, ist ein rivus, und gehört, wie ein nicht perennirendes flumen, ein flumen privatum, zu den res in patrimonio nostro, wenn er nicht auf Herrnlosem Grund und Boden fließt. Dieser Ansicht ist im Wesentlichen auch Funke [444]), einer der neuesten Schriftsteller über diesen Gegenstand, und mit ihm Mühlenbruch [445]). Ein anderer Schriftsteller, welchen Wening auch noch nicht berücksichtigen konnte, Hofmann [446]), deckt mancherlei Irrthümer auf, weicht aber von der hier aufgestellten Ansicht hauptsächlich dadurch ab, daß er die rivos als eine Art der flumina betrachtet. Hierdurch wird er einmal zu der Behauptung genöthigt, daß es auch flumina perennia gebe, die nicht publica seyen, womit er die Stelle, die das Gegentheil sagt, mühevoll zu vereinigen

---

442) fr. 1. §. 1. cit.

443) fr. 1. §. 12. D. de flum. (43. 12.). Der in der Note 446 angeführte Hofmann citirt S. 4. auch §. 13. desselben Fragments und fr. 1. §. 3. D. ne quid in flum. publ. (43. 13.); aber offenbar aus Versehen.

444) Archiv für die civ. Praxis B. 12. H. 2. N. 15. H. 3. N. 21.

445) D. P. Vol. 2. §. 218. Auch Carl Friedr. Günther soll in seinen quaest. de jure aquar. spec. 2 — 4. Lips. 1828, was diese Frage betrifft, mit Funke einverstanden seyn.

446) Heinrich Carl Hofmann, welche Flüsse sind öffentliche, welche nicht? in seinen Versuchen in Bearb. des röm. Rechts B. 2. Darmst. 1831 N. 1.

sucht; und dann setzt er sich in die Lage, auf die magnitudo und auf die existimatio circum colentium keine Rücksicht nehmen zu können, wofür er denn andere Merkmale substituirt, auf die man freilich bei einer vernünftigen Schätzuug der magnitudo auch Rücksicht wird nehmen müssen, nämlich ob das Wasser die Grundstücke verschiedener Eigenthümer durchfließt, ob es physisch möglich ist, daß der Eigenthümer des oben liegenden Grundstücks es zurück hält u. s. w.

C. Ueber die res divini juris, denen in mehreren Stellen die übrigen Sachen unter dem Namen res humani juris entgegen gesetzt werden, s. den §. 113.

III. Eintheilung in bewegliche und unbewegliche Sachen, und Untereintheilungen der ersteren.

Hier habe ich nur auf die §§. 115—117. zu verweisen, und in Beziehung auf die erste Eintheilung auf zwei, von Wening vermiedene, nnd jetzt von Buchholz [447]) auch förmlich nachgezeigte, Fehler in den Schriften anderer Juristen aufmerksam zu machen. Der eine besteht darin, daß man darauf sieht, ob die Sache ohne Schaden transportirt werden kann, während die Römer den Ausdruck res immobiles für solum, et res, quae solo cohaerent, durchgängig, aber auch ausschlieslich, gebrauchen; weswegen denn auch oft Ausdrücke wie res soli zur Bezeichnung des Gegensatzes von res mobiles gebraucht werden. Der andere Fehler besteht darin, daß man die beweglichen Pertinenzen der Immobilien wegen ihrer Pertinenzeigenschaft als Immobilien ansieht.

IV. Universitates, von den Neueren universitates rerum genannt.

Dieser Gegenstand, wovon im §. 76. gehandelt wird, ist in der letzten Zeit in mehreren Beziehungen mehr auf-

---

[447]) a. a. O. Abh. II. S. 26—31.

gehellt worden durch die in der Note oo citirten Abhandlungen. Namentlich wurde früher der Ausdruck universitas, in Widerspruch mit den Stellen der Noten pp und q, nur für die Fälle unter 3 und 4, oder, mit anderen Worten, für die auf Veranlassung der Glosse sogenannten universitates juris und facti, gebraucht, nicht auch für die Fälle unter 1 und 2. Ferner übersah man häufig, daß bei den vorzugsweise so genannten universitates nicht in allen Beziehungen die Gegenstände, aus denen sie bestehen, als eine Sache betrachtet werden. Endlich stellte man den Satz: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei, bei den universitates juris oft ganz allgemein hin.

Zu dem citirten §. habe ich noch Folgendes zu bemerken:

Ich halte es mit Mühlenbruch [448]) für unrichtig, wenn die in der Note r citirten Schriftsteller eine Bibliothek, die nicht als Waarenlager gehalten wird, durchaus nicht für eine universitas rerum distantium gelten lassen wollen. Freilich hat eine solche Bibliothek nicht die Bestimmung, ihre Bestandtheile so zu wechseln, wie dies der Kaufmann bei seinem Waarenlager beabsichtigt. Aber sie soll doch gewöhnlich mehr oder weniger durch nene Anschaffungen vermehrt werden [449]), auch werden dafür einzelne Bücher durch den Gebrauch mehr oder weniger abgängig, und sebst der Verkauf einzelner Bücher ist bei einem öconomischen Inhaber einer Bibliothek zu erwarten, z. B. der Verkauf von Doubletten. Kurz, es ist gar nicht abzusehen, warum eine Bibliothek der fraglichen Art, und namentlich die eines Gelehrten, nicht eben so gut als eine universitas facti gelten soll, wie z. B. das Werkzeug eines Professionisten [450]), welches man denn doch ohne Bedenken dafür gelten läßt [451]).

---

[448]) D. P. vol. 2. §. 223. uot. 9.

[449]) Vergl. fr. 30. §. 2. D. de usurp. (41. 3.). v. „ea natura ejus est, ut adjectionibus corporum maneat".

[450]) Tit. D. de instruct. vel instrum. leg. (33. 7.).

[451]) Spangenberg a. a. O. S. 335.

Von den drei sogenannten universitates juris, welche Wening aufführt, wird nur eine, nämlich die hereditas, in den Quellen ausdrücklich mit diesem Namen bezeichnet[452]. Das castrense peculium wird freilich auch so genannt, aber offenbar nur, weil und insoweit es als hereditas vorkommt, und dasselbe wird man von dem, dem Pandektenrechte noch unbekannten, quasi castrense peculium, so wie von dem s. g. peculium adventitium sagen müssen. Und wirklich fehlt es bei dem s. g. peculium profectitium und der dos an zwei Erscheinungen, wodurch bei der hereditas die Eigenschaft einer universitas ganz vorzüglich hervortritt. Es kommt nämlich erstens dort nicht wie hier vor, daß die universitas den Gegenstand derjenigen Art von successio bildet, welchen die Römer technisch per universitatem successio nennen, und wodurch nach dem älteren römischen Rechte auch das gesammte Vermögen eines lebenden Menschen häufig zur universitas wurde[453]; und ebensowenig kommt es zweitens dort wie bei der hereditas vor, daß die universitas mit einer universellen in rem actio eingeklagt werden kann.

Auf die Frage: wohin man die universitates stellen muß, wenn man die Sachen in res corporales und incorporales eintheilt, ist Folgendes zu antworten. Die universitates rerum corporalium cohaerentium, wovon unter 1 und 2 die Rede ist, gehören natürlich zu den res corporales. Dahin gehören auch die s. g. universitates facti. Dieses sagen die Quellen ausdrücklich[454], und es zeigt sich auch darin, daß eine solche universitas mit der Eigenthumsklage eingeklagt wird. Unter den s. g. universitates juris endlich werden dos und peculium profectitium in den Quellen nicht classificirt, weil sie überhaupt nicht als universitates aufgeführt werden, und die hereditas wird zu den res incorporales

[452]) Wening Note s. S. jedoch auch fr. 1. §. 4. D. de dote praeleg. (33. 4.).

[453]) Gaj. II. §. 77—84.

[454]) Am deutlichsten sagen es für jene und für diese Art von universitas: §. 38. J. de legat. (2. 20.) und fr. 30. D. de usurp. (41. 3.).

gezählt [455]). Freilich wird der Ausdruck hereditas in den Stellen, wo dieselbe für eine res incorporalis erklärt wird, nach den hinzugefügten Erläuterungen im subjectiven Sinne genommen, nämlich zur Bezeichnung des Erbrechts, während wir, wenn wir die hereditas für eine universitas erklären, jenen Ausdruck im objectiven Sinne nehmen, nämlich zur Bezeichnung der Erbschaft, die wir als Gegenstand des Erbrechts ansehen. Allein die sogenannte objective Bedeutung von hereditas spielt in den Quellen bekanntlich überhaupt gegen die subjective eine ganz unbedeutende Rolle [456]), und es ist daher leicht möglich, daß auch die Stellen, welche für die hereditas den Ausdruck universitas gebrauchen, ihn auch nicht im objectiven, sondern im subjectiven Sinne nehmen [457]). Auch führt die Unterscheidung zwischen den beiden Bedeutungen bei einer bereits erworbenen Erbschaft zu gar keinem practischen Resultate. Man mag übrigens diese Gründe für meine Behauptung, daß die universitas, welche hereditas heißt, eine res incorporalis sey, gelten lassen oder nicht, auf keinen Fall kann diese universitas zu den körperlichen Sachen gezählt werden, denn es läßt sich auch eine Erbschaft denken, in welcher sich kein einziges Stück befindet, von dem man sagen kann: est res, quae tangi potest [458]).

V. Eintheilung in theilbare und untheilbare Sachen.

Was von Theilbarkeit der unkörperlichen Sachen, d. h. der Vermögensrechte außer dem Eigenthum, zu sagen ist,

---

455) S. die oben unter I citirten Stellen. — So unterscheidet auch v. Buchholz Abh. III. S. 31 fgg.

456) Vergl. fr. 3. D. de B. P. (37. 1.). fr. 24. fr. 178. §. 1. fr. 208. D. de V. S. (50. 17.). fr. 62. D. de R. J. (50. 17.).

457) Das citirte fr. 208 scheint zwar die universitas und das jus successionis einander entgegen zu setzen; aber die beiden Ausdrücke könnten hier auch denkbarerweise synonym genommen seyn.

458) fr. 50. pr. D. de hered. pet. (5. 3.) fr. 3. pr. D. de B. P. (37. 1.) fr. 119. D. de V. S. (50. 16.).

das kann nur von demjenigen verstanden werden, der die Natur des jedesmal in Frage stehenden Rechts kennt. Es soll daher dieser Punkt in dem besonderen Theile als Theil der Lehre von jedem einzelnen Vermögensrechte abgehandelt werden.

Die körperlichen Sachen, von denen hier allein die Rede seyn soll, sind vor Allem, wie man sich ausdrückt, juristisch theilbar. Es kann mit anderen Worten eine communio derselben Statt finden, d. h. eine und dieselbe körperliche Sache kann in dem Eigenthum [459]) mehrerer physischen oder juristischen Personen in der Art stehen, daß jeder von ihnen jedes Stück des Körpers zu einem intellectuellen Theile, z. B. zu einem Drittheile, zu einem Viertheile, gehört; wo denn die Quellen von partes im engeren Sinne, von partes incertae und von partes pro indiviso sprechen [460]).

Eine sogenannte physische oder reelle Theilung dagegen, d. h. eine Theilung in der Art, daß jeder von mehreren ein bestimmtes Stück des Körpers für sich allein erhält, daß mehrere die Sache pro diviso [461]), oder zu partes certae bekommen, ist nicht bei allen körperlichen Sachen auf gleiche Weise möglich. Ein fundus kann immer getheilt werden, und zwar durch bloße Ziehung einer Grenze [461]). Bei einem Gebäude ist, so lange es als solches besteht, der Grund und Boden die Hauptsache. Mit diesem kann es daher auch getheilt werden, aber nur mit ihm, d. h. so, daß derjenige, welcher ein Stück des Bodens erhält, auch das darauf stehende Stück des Gebäudes bekommt, nicht auf andere Weise, z. B. so, daß jeder Theil ein besonderes Stockwerk

---

[459]) Daß von dem Besitze dasselbe gilt, mag hier einstweilen übergangen werden.

[460]) S. unten die Lehre von dem condominium (B. 2. §. 17); ferner: fr. 8. D. de R. V. (6. 1.); fr. 6. §. 1. D. Comm. praed. (8. 4.); fr. 5. D. de stip. servor. (45. 3.); fr. 25. §. 1. D. de V. S. (50. 16).

[461]) fr. 43. D. de aquir. vel amitt. poss. (41. 2.) fr. 25. §. 1. de V. S.

[462]) fr. 8. D. de R. V. (6. 1.).

erhält [463]). Was die beweglichen Sachen betrifft, und zwar die res unitae und die cohaerentes, so kann vor Allem eine solche Sache nie durch bloße Bezeichnung einer Gränze, sondern nur durch Zerlegung in mehrere nicht zusammenhängende Sachen, getheilt werden. Es ist z. B. nicht möglich, daß von einem Pferde, das noch ganz ist, der Kopf einem anderen gehört, als der Bauch oder die Füße, und eben so wenig ist es möglich, daß von einem Stuhle, dessen einzelne Stücke aneinander befestigt sind, die Lehne oder die Füße einem anderen gehören, als der Sitz.

Eine Anwendung dieses Satzes ist es, wenn die Pandekten von einem Baume und von einem Steine, der sich auf der Grenze zweier Grundstücke befindet, sagen: so lange er mit dem Grund und Boden verbunden und deshalb als zu demselben gehörig anzusehen sey, gehöre jedem der beiden Grundeigenthümer dasjenige Stück davon, welches sich auf seinem Grund und Boden befinde, sobald er aber aus der Erde herausgenommen und als bewegliche Sache zu betrachten sey, stehe er in dem Miteigenthum der beiden Nachbarn, jedem derselben gehöre ein intellectueller Theil davon, und die Größe desselben bestimme sich nach der Größe des reellen Theils, der ihm gehörte, als die Sache noch ein Theil des Bodens war [464]). Hiernach ist es ganz wahr, wenn man sagt: an einer beweglichen Sache sey kein Eigenthum mehrerer pro diviso möglich [465]). Aber es ist nicht richtig, wenn man die beweglichen Sachen für untheilbar erklärt; denn jede bewegliche Sache kann, insoweit nicht besondere Polizeigesetze, wie bei dem Sclaven, im Wege stehen, durch Zerlegung

463) S. unten B. 2, §. 56. 121.

464) fr. 19. pr. D. comm. div. (10. 3.).

465) fr. 8. in f. D. de R. V. (6. 1.); fr. 5. §. 15. D. commod. (13. 5.).

in einzelne Stücke, physisch getheilt werden [466]). Ob diese Theilung in infinitum fortgesetzt werden kann, ist eine für den Juristen als solchen ganz unfruchtbare Frage, die lediglich der Naturlehre anheimfällt, indem die Gesetze nichts dagegen haben. Ueber die physische Theilung einer s. g. universitas facti enthalten die Quellen nichts besonderes. Es muß daher dasjenige angenommen werden, was überhaupt von der Theilung einer Mehrzahl von beweglichen Sachen gilt. Sie kann nämlich theils dadurch geschehen, daß jeder von den Theilenden einzelne von den die universitas bildenden ganzen Sachen, z. B. einzelne Schaafe von der Heerde, für sich allein bekommt, theils durch Zerlegung der einzelnen Sachen in Stücke.

Was bisher über die physische oder reelle Theilung der verschiedenen Arten von körperlichen Sachen gesagt wurde, gilt unbedingt von der freiwilligen Theilung von Seiten der Partheien; in dieser Beziehung sind also im Ganzen alle körperliche Sachen physisch theilbar. Hat aber der Richter in Folge einer Theilungsklage die Auseinandersetzung vorzunehmen, so muß er vermöge seiner Pflicht, ex aequo et bono zu entscheiden, auch darauf sehen, ob nicht diese und jene nach dem Bisherigen als zuläßig erscheinende Theilung einer Sache den Werth derselben zu sehr vermindern, ja vielleicht ganz aufheben würde. Ist dieses der Fall, so muß, wo möglich, eine andere Art der Theilung eingeschlagen werden, welcher dieses Hinderniß nicht entgegen steht; oder es muß der eine oder der andere Theilhaber mit Geld oder mit Servituten an der gemeinschaftlich gewesenen Sache ganz oder theil-

---

466) Nicht entgegen sind: fr. 35. §. 3. D. de R. V. (6. 1.); fr. 31. §. 6. D. de aedil. ed. (21. 1.); fr. 26. in f. D. de legat. 1. (30.) Die Worte im fr. 26: „sin autem — naturaliter indivisae sunt“, braucht man nämlich nicht auf körperliche Sachen zu beziehen; und sonst geht aus diesen Stellen nur hervor, daß es körperliche Sachen gibt, die durch Theilung ganz anders werden, gewissermaßen zu Grunde gehen, z. B. ein lebendes Thier, oder ohne Schaden nicht getheilt werden können, woraus aber nicht folgt, daß eine freiwillig vorzunehmende Theilung verboten, oder ohne rechtliche Wirkung wäre.

weise abgefunden werden, und eine Auseinandersetzung, wobei solche Abfindungen vorkommen, wird von den Römern auch zu den divisiones im weiteren Sinne des Worts gezählt [467]. In Beziehung auf gerichtliche Theilungen erscheinen also oft körperliche Sachen als untheilbar [468]), und zwar nicht bloß einzelne bewegliche Sachen, sondern auch Gebäude, leere Plätze, und sogar universitates, z. B. unter Umständen ein Viergespann.

Was Wening von beweglichen Sachen sagt, die als genus in Betracht kommen, das gehört nicht hierher, sondern in das Obligationenrecht, indem es sich lediglich auf die Theilbarkeit der Obligationen bezieht. Eben so sollen mehrere andere Aeußerungen des §. 119. nach meinem oben angebenen Plane erst im speciellen Theile einer Beleuchtung unterworfen werden.

VI. Von dem Zubehör einer Sache.

So wichtig die Lehren sind, welche Wening unter dieser Rubrik, nach Vorausschickung einer Einleitung, in den §§. 120—122 abhandelt, so richtig ist offenbar die Ansicht von Löhr, daß die Dinge, die in den drei speciellen Rubriken bezeichnet werden, nämlich Pertinenzien, Früchte und Verwendungen, nicht unter einen gemeinschaftlichen Begriff passen, wie man ihn für diese, und häufig auch noch für andere Dinge, durch die Worte Zubehör und Nebensachen anzudeuten gewöhnt ist, man müßte sie denn definiren wollen als Dinge, die in Beziehung auf eine Sache irgend eine juristische Nebenrolle spielen. Die Verwendungen werden nicht einmal unter den Begriff der Sachen passen.

Die in der Einleitung erwähnten Ausdrücke: causa rei, omnis causa, haben, nach den angeführten Stellen, eine Bedeutung, die eher in der Lehre von den

---

[467]) S. unten die Lehre von den Theilungsklagen (B. 3. §. 185 fgg.).

[468]) S. z. B. §. 8. J. de offic. jud. (4. 17.).

Klagen, als in der Lehre von den Sachen erörtert werden sollte. Wenn nämlich Jemanden die Restitution einer Sache aufgelegt wird, so hat er häufig die Pflicht, den Kläger zugleich in den Stand zu setzen, in welchem er seyn würde, wenn die Sache in einem gewissen früheren Zeitpunkt, z. B. als die mora anfing, oder als lis contestirt wurde, restituirt worden wäre. Dieses bezeichnen nun die Ausdrücke: rem cum causa restituere, causam restituere, causam omnem restituere. Dahin gehört z. B. auch, daß die in der Zwischenzeit Statt gefundene Usucapion in keiner Rücksicht nachtheilige Wirkungen für den Kläger haben soll.

So viel über die Stellung der fraglichen Materien. Den Inhalt der citirten §§. betreffend, habe ich nur einige Worte zu bemerken, die sich auf den zuletzt abgehandelten Punkt, nämlich auf die Verwendungen, beziehen.

Den Unterschied zwischen impensae und expensae bestimmt unter Andern auch Thibaut auf die von Wening angegebene Art. Hiernach gehören z. B. Proceßkosten und Zölle zu den expensae, dagegen z. B. Reparaturkosten und neue Bauten auf dem fraglichen Grund und Boden zu den impensae. Die citirten Gegner wollen aber unter expensae Ausgaben überhaupt, und unter impensae Verwendungen insbesondere verstanden wissen. Darüber sind übrigens wohl beide Theile einig, daß in unseren Quellen für Verwendungen fast nur die Ausdrücke impensae und impendia gebraucht werden, und daß das Wort expensae in den wenigen Stellen, in welchen es vorkommt [469]), für Ausgaben gebraucht wird, die sonst impensae genannt werden.

Die impensae voluptuariae definirt man offenbar am besten mit Löhr negativ, als diejenigen, welche weder zur Erhaltung der Sache, auf welche sie gemacht werden, noch zur Erhöhung ihres Ertrags dienen.

---

469) c. 12. pr. C. de pet. hered. (3. 31.); c. un. §. 5. C. de rei uxor. act. (5. 13.).

Der Satz, daß derjenige, welcher für die Einforderung der von ihm für einen Andern gemachten Verwendungen keinen besonderen Rechtsgrund, z. B. mandatum, negotiorum gestio, anführen kann, höchstens ein Retentionsrecht hat, und keine in factum actio, wird durch das citirte fr. 23. deswegen nicht widerlegt, weil dieses offenbar von Fällen spricht, wo derjenige, der die Verwendung ersetzen soll, sie selbst aus dem Vermögen des andern gemacht hat.

Sechstes Kapitel.

Von den Handlungen.

I. Von den Handlungen im Allgemeinen.

A. Begriff und Hauptarten.

Darüber s. §. 124. — Mit Recht bemerkt hier Wening, daß nicht blos neben den wirklich geschehenen Handlungen, sondern überhaupt neben den wirklich geschehenen Ereignissen, die blos fingirten in unserer Gesetzgebung [470]) eine Rolle spielen. Aber mit Unrecht stellt er oben in der Lehre von dem Beweis [471]) die in den Quellen häufig erwähnten [472]) fictiones als identisch mit den, erst von unseren Juristen sogenannten, praesumtiones juris et de jure dar. Jene haben freilich mit diesen das gemein, daß wegen einer gesetzlichen Bestimmung die juristischen Folgen eines Ereignisses eintreten, obgleich nicht gewiß ist, daß dieses Ereigniß Statt gefunden hat, ja daß selbst der Beweis, daß es nicht Statt gefunden hat, den Eintritt jener Folgen nicht hindert. Ein großer Unterschied liegt aber in Folgendem. Das Gesetz, welches

470) Unter Gesetzgebung verstehe ich hier die Quellen des positiven Rechts überhaupt. So gehören z. B. viele Fictionen bekanntlich dem prätorischen Edicte an.

471) §. 69. Note x.

472) S. z. B. Gajus IV. §. 32 —38. und die beiden Stellen der Note b. Diese Fiction tritt ein bei der Publicania in rem actio.

eine Fiction vorschreibt, legt nur die juristische Wirkung, welche ein Ereigniß hervorbringt, auch dem anderen bei, wie wenn das erste mit dem letzten verbunden wäre (z. B. die zur Usucapion erforderliche Dauer des Besitzes damit, daß dieser Besitz im Uebrigen [473]) in der Art Statt gefunden hat, wie es zur Usucapion erforderlich ist, oder wie wenn das erste statt des letzten (z. B. der Tod unmittelbar vor der feindlichen Gefangenschaft statt des Todes in der feindlichen Gefangenschaft, der Nichteintritt der capitis diminutio minima [474]) statt des Eintritts derselben), Statt gefunden hätte, ohne daß es von der Voraussetzung ausgeht, es habe sich wirklich so zugetragen. Dagegen das Gesetz, welches eine praesumtio juris et de jure vorschreibt, ordnet nur für Fälle, wo über die Existenz einer Thatsache gestritten wird, eine jeden Beweis überflüssig machende, ja keinen Gegenbeweis zulassende, Folgerung aus einer anderen Thatsache an, weil es von der Voraussetzung ausgeht, daß diese Folgerung in der Regel zur Wahrheit führe. Es sagt z. B.: wenn über den Empfang eines Darlehns gestritten wird, und ein von dem Läugnenden ausgestellter Empfangschein zwei Jahre lang nicht zurück verlangt worden ist, so soll daraus gefolgert werden, daß der Empfang Statt gefunden habe. Eine practische Wirkung dieses Unterschieds ist es namentlich, daß in gewöhnlichen Civilsachen eine praesumtio juris et de jure nicht zur Anwendung kommt, wenn derjenige, welcher sich darauf berufen könnte, zugesteht, daß das zu präsumirende Factum nicht Statt gefunden habe, während eine Fiction auch in einem solchen Falle verlangt werden kann.

B. Von der Willensbestimmung.

1) Im Allgemeinen.

Nach dem im §. 124. aufgestellten Begriff von Handlungen ist keine Handlung anzunehmen, ohne daß derjenige,

---

473) S. unten B. 2. §. 24. und 25.

474) Diese Fiction tritt ein bei der in integrum restitutio propter capitis diminutionem. S. unten B. 6. §. 28.

welchem sie zugeschrieben wird, handeln wollte; was übrigens nicht so zu verstehen ist, als ob er auch gerade den Erfolg müßte beabsichtigt haben, den seine That hervor gebracht hat. Insoweit daher die Gesetze ein Wesen für Willensunfähig erklären, kann dieses juristisch keine Handlung vornehmen. Aus diesem Grunde ist das, was ein Kind oder ein Wahnsinniger thut, ohne Unterschied als keine Handlung desselben anzusehen [475]), während der Unmündige, der Minderjährige und der gerichtlich erklärte Verschwender nur gewisse Arten von Handlungen nicht, oder doch nicht allein, vornehmen kann [475]). — S. auch §. 125.

2) Insbesondere vom Einfluß:

a) Des Zwanges und der Furcht.

Das Nähere hierüber wird unten in der Lehre von der **in integrum restitutio** vorkommen. Was schon hierher gehört, gibt der §. 126 an, wozu ich Folgendes zu bemerken habe: — Die Behauptung, daß die **vis** wie der **metus** eine Handlung nicht **ipso jure** nichtig mache, bezieht sich natürlich nicht auf die **vis**, wobei sich derjenige, gegen welchen sie ausgeübt wird, als Maschine verhält, sondern sie ist nur von der **vis** zu verstehen, die man Zwang nennen kann; und diesen Ausdruck gebraucht Wening auch. Bei der **vis** der ersteren Art kann von einer Handlung desjenigen, gegen welchen sie ausgeübt wird, gar nicht die Rede seyn, weil zu jeder Handlung der Wille des Handelnden erfordert wird. Bei der **vis** der letzteren Art aber sagen die Quellen, wie bei dem **metus**: „**coactus voluit.**" — Die durch Drohungen, zu welchen man berechtigt ist, hervor gebrachte Furcht, von welcher Wening mit Recht bemerkt, daß sie nicht berücksichtigt werde, nennen unsere Juristen **metus justus ex parte inferentis** [477]). — Zu den Fällen, in welchen die Furcht als ungegründet anzusehen ist, gehört

---

[475]) §. 125. Note c.

[476]) §. 125. Note d.

[477]) S. z. B. Thibaut Pandekten-System §. 151.

auch der, wenn sich Jemand durch das Ansehen einer Person hinreißen läßt, ohne daß diese Gewalt oder Drohungen anwendet, und dies nennen unsere Juristen **metus reverentialis**.

b) Des Betrugs.

Darüber s. §. 127.

c) Des Irrthums.

Hier sind vor Allem die zwei im Anfang des §. 128 angegebenen Eintheilungen zu bemerken. Jedoch haben **error** und **ignorantia** ganz gleiche Wirkungen. Der Rechtsirrthum hat das publicirte Recht zum Gegenstand. Es ist daher auch ein Rechtsirrthum und kein factischer, wenn Jemanden die Existenz eines bindenden Gewohnheitsrechts, oder eines bindenden nicht publicirten Privilegs, deswegen unbekannt ist, weil er von den Gesetzen über Gewohnheiten oder Privilegien keine oder doch keine richtige Kenntniß hat [478]). Schon an diesen Beispielen ersieht man die Richtigkeit des Satzes, daß der Irrthum über dasselbe Rechtsverhältniß bald error facti bald error juris ist. Andere Beispiele enthalten die Stellen der Note v. Auch der Irrthum über denselben Rechtssatz ist, wie wir gesehen haben, bald factischer bald Rechtsirrthum. Aber unrichtig, oder doch wenigstens undeutlich ist es, wenn Wening sagt, der Irrthum über „dieselbe Thatsache" sey bald jenes bald dieses.

Von den Eintheilungen des Irrthums geht der §. 128 zu den juristischen Wirkungen desselben über.

Er scheidet zuerst unter I. eine Anzahl von Fällen aus, in welchen gar kein Irrthum berücksichtigt wird. Dahin gehört auch der Fall, wenn die Ausübung eines Rechts nach

---

[478]) Volkmar Beiträge zur Theorie des Gewohnheitsrechts §. 45 fgg. Braun zu Thibauts Pandekten-System §. 28.

einem continuum tempus nicht mehr zuläßig seyn soll [479]), ferner der Fall, wenn eine unklagbare naturalis obligatio erfüllt wird [480]), und endlich der Fall, welchen Wening bei der Note e vorbringt, und aus Versehen zu denjenigen zählt, wo jeder Irrthum berücksichtigt wird. Wenn die Erwerbung des Eigenthums nicht gehindert wird durch die irrige Meinung des Empfängers, die Sache gehöre dem Tradenten nicht, so ist dieses offenbar ein Fall, wo der Irrthum nicht berücksichtigt wird. — Aber nicht blos die in unserem §. sich findende Angabe der einzelnen Fälle, in welchen gar kein Irrthum berücksichtigt wird, ist ungenau, sondern, was noch mehr zu bemerken ist, die bei der Note z behauptete allgemeine Ausnahme ist auch unrichtig. Die angeführte Pandektenstelle sagt etwas ganz anderes. Sie spricht, wie auch der angeführte Mühlenbruch zugibt, nicht von den Fällen, wo kein Irrthum berücksichtigt wird, sondern von den Fällen, wo es auf Wissen oder Nichtwissen ankommt. Hier soll nämlich das Wissen eines Unmündigen, wenn er ohne seinen Vormund handelt, als Nichtwissen angesehen und behandelt werden.

Nach den Fällen, in welchen gar kein Irrthum berücksichtigt wird, scheidet Wening unter II. diejenigen Fälle aus, in welchen das, was aus Irrthum geschieht, dem Irrenden keinen (positiven und beziehungsweise negativen) Schaden bringt, der Irrthum mag error juris oder error facti seyn. Solche Fälle sind allerdings die unter II. angeführten, mit Ausnahme desjenigen, wozu die Note e gehört, und wovon schon oben die Rede war. Aber das, was Wening von jenen Fällen sagt, ist nicht von allen wörtlich wahr. Namentlich kann man von einer unrichtigen Angabe eines Rechtssatzes von Seiten einer Parthei oder ihres An=

---

479) fr. 19. §. 4. D. commun. praed. (8, 4.); fr. 29. D. ad leg. Jul. de adulter. coerc. (48. 5.); c. 8. C. de dolo malo (2. 21.); c. 7. C. de temporib. in int. restit. (2. 53.); c. 3. C. de XXX vel XL annor. praescr. (7. 39.); c. 12. in f. C. de praescr. longi tempor. (7. 33.). v. Löhr a. a. O. S. 37.

480) fr. 13. 64. D. de condict. indeb. (12. 6.); fr. 10. D. de O. et A. (44. 7.). — v. Löhr a. a. O.

walts in einem Proceß nicht sagen, der Irrthum hebe die nachtheiligen gesetzlichen Folgen derselben auf. Sie hat nämlich, wie Wening selbst richtig bemerkt, keine gesetzliche Folgen, indem der Richter verpflichtet ist, die Rechtssätze, die nach seiner Ueberzeugung für den betreffenden Fall bestehen, auch dann zur Anwendung zu bringen, wenn die Parthei, zu deren Gunsten sie sprechen, sie unvollständig oder unrichtig angibt.

Nach Ausscheidung der zwei erwähnten Klassen von Fällen gibt Wening unter III. die Regeln an, welche von den übrigen Fällen gelten. Hier wird denn zwischen error facti und error juris unterschieden.

Ueber den factischen Irrthum habe ich zu dem §. nichts hinzu zu fügen.

Bei dem Rechtsirrthum unterscheidet Wening mit Recht die widerrechtlichen Handlungen, bei welchen der Rechtsirrthum in der Regel keine Berücksichtigung findet[481]), und die rechtlichen Handlungen und Unterlassungen, wobei es in der Regel darauf ankommt, ob man im Irrthum einen Gewinn verscherzt, oder sich einen positiven Schaden zugezogen hat. — Dabei erwähnt er einer Stelle, wonach es darauf ankommen soll, ob der Irrende sich Belehrung hätte verschaffen können, oder nicht. Der Sinn dieser Stelle ist streitig. Verwerflich ist offenbar die Auslegung, wonach, ohne Unterschied zwischen demjenigen, der de damno vitando, und demjenigen, der de lucro captando certirt, jeder Rechtsirrthum alsdann, und nur alsdann, berücksichtigt werden soll, wenn die Rechtsbelehrung nicht schuldvoll versäumt wurde. In diesem Sinne genommen stände nämlich die Stelle im Widerspruch mit den Stellen, welche den positiven Schaden in Fällen reparirt haben wollen, in welchen sie den verlorenen Gewinn versagen. Nach einer anderen Auslegung, die sich bei Thibaut[482]) findet, ist unsere Stelle nur von dem positiven Schaden zu ver-

---

[481]) Note t.

[482]) Pandekten-System §. 28.

stehen; den aus Rechtsirrthum verlorenen Gewinn erlangt auch derjenige nicht, welchem es nicht möglich war, sich bessere Belehrung zu verschaffen. Dieser Interpretation kann ich deswegen nicht beitreten, weil in zwei anderen Stellen[483]) gerade bei dem versäumten Gewinn auf die Möglichkeit der Belehrung gesehen wird. Nach einer dritten Auslegung ist die Stelle nur von dem verscherzten Gewinn zu verstehen; der aus Rechtsirrthum erlittene positive Schaden muß wieder aufgehoben werden, auch wenn der Irrende sich eines Besseren konnte belehren lassen. Diese Interpretation hat außer dem, was schon gegen die beiden anderen gesagt wurde, auch das für sich, daß die in der Stelle aufgeworfene Frage dahin geht, inwiefern es wahr sey, daß der Rechtsirrthum nichts nütze. Sie hat aber das einigermaßen gegen sich, daß es am Ende heißt: ut, cui facile sit scire, et detrimento sit juris ignorantia; wiewohl unter detrimentum auch ein negativer Schaden verstanden seyn könnte. Noch läßt sich eine vierte Auslegung denken, wobei alle bisher erwähnte Momente berücksichtigt sind, nämlich die: der Rechtsirrthum gilt nicht als Grund, um einen verlorenen Gewinn zu machen, außer wenn man gar keine Belehrung erlangen konnte; und wenn man sie leicht erlangen konnte, so muß man sogar den positiven Schaden tragen, den man sich aus Rechtsirrthum zugezogen hat. Bei dieser Erklärung machen auch die Schlußworte: „quod raro accipiendum est," keine Schwierigkeit. Sie sagen nämlich nur: das Letztere ist selten anzunehmen, d. h. es ist selten anzunehmen, daß man einen aus Rechtsirrthum sich zugezogenen positiven Schaden deswegen tragen muß, weil man sich leicht belehren lassen oder selbst unterrichten konnte.

Eben so streitig ist die Frage: ob man da, wo der Rechtsirrthum nach dem Bisherigen zu berücksichtigen ist, auch,

---

483) fr. 10. D. de B. P. (37. 1.). fr. 2. D. quis ordo in poss. servetur (38. 15.). Thibaut will in diesen Stellen nur Ausnahmen finden.

wenn man aus Rechtsirrthum schon geleistet hat, die condictio indebiti anstellen könne, oder nicht. Ich bin mit Wening und den neusten Monographien von v. Löhr und Mühlenbruch für die Zulassung der condictio, will aber die von beiden Seiten vorgebrachten Gründe erst in der Lehre von dieser Klage im Obligationenrecht [484]) erörtern, wo auch Wening wieder darauf zurück kommt.

Was die Personen betrifft, die in Ansehung des Rechtsirrthums besonders begünstigt sind, so bin ich mit Wening einverstanden, wenn er die rusticitas und das weibliche Geschlecht nur in denjenigen einzelnen Fällen besonders berücksichtigt wissen will, von welchen es die angeführten Stellen ausdrücklich sagen; dagegen bey Militärpersonen möchte die von Mühlenbruch, Glück und Anderen aufgestellte Ansicht die richtige seyn, daß denselben der Rechtsirrthum, wie den Minderjährigen, auch da allgemein verziehen wird, wo es sich um einen Gewinn handelt. Das angeführte fr. 9. sagt dieses freilich nur von einem Fall, nämlich von dem Fall, wenn ein Haussohn, der Soldat ist, in der irrigen Meinung, er könne die aus dem Testamente seines Cameraden ihm deferirte Erbschaft nur mit Einwilligung des Vaters antreten, die Antretungsfrist versäumt hat. Allein aus der Art, wie sich hier Paulus ausdrückt, möchte hervorgehen, daß er nur einen allgemeinen Grundsatz zur Anwendung bringen wolle. Nachdem er nämlich den Fall in kurzen Worten, die mit „Si" anfangen, angegeben, fährt er fort: „per constitutiones principales jus ignorare potest; et ideo ei dies aditionis non cedit."

Was den Beweis des Irrthums betrifft, so ist man weder über die Beweislast noch über die Beweismittel ganz einig.

Daß die Beweislast, eine einzige von Wening angegebene Ausnahme abgerechnet, immer demjenigen aufliege, welcher den Irrthum behauptet, gibt der angeführte Her-

---

[484]) B. 3, §. 273.

mann bei dem factischen Irrthum nicht ganz zu. Er behauptet nämlich: einmal gebe es besondere juristische Präsumtionen, auf die man vor Allem sehen müsse [485]); dann sey es Regel, daß derjenige, welcher aus der Wissenschaft ein Recht ableiten will, diese beweisen müsse [486]); und endlich komme es darauf an, ob in dem speciellen Fall, um den es sich handelt, eher Irrthum oder Wissenschaft zu erwarten war [487]). Das Erste muß man unbedingt zugeben. Das Dritte und Letzte dagegen scheint mir noch unerwiesen, indem die dafür angeführten Stellen sich selbst rücksichtlich der speciellen Fälle, wovon sie blos handeln, gar nicht bestimmt über die Beweislast aussprechen. Die zweite Bemerkung endlich scheint mir wenigstens nicht ganz wahr zu seyn. Das Wahre daran möchte darin bestehen, daß das Wissen, aus welchem eine stillschweigende Willenserklärung gefolgert werden soll, immer bewiesen werden muß. Diese sehr natürliche Annahme möchte genügen zur Erklärung der betreffenden Stellen [488]). Und Hermann möchte theils zu wenig sagen, indem z. B. die Wissenschaft des Herrn, daß der Sclave, um den er streitet, sich als Soldat hat an-

---

485) fr. 25. D. de probat. (22. 3.).

486) c. 6. C. qui militare possunt (12. 34.); §. 4. J. de legat. (2. 20.); c. 10. C. de leg. (6. 37.). Dasselbe behauptet er von dem Falle, wenn die Wissenschaft Bedingung einer Strafe ist. Dies möchte jedoch in das Criminalrecht gehören.

487) c. 7. C. de in int. restit. minor. (2. 22.); c. 37. C. de liberali causa (7. 16.). In den gewöhnlichen Fällen aber soll derjenige, welcher aus dem behaupteten Irrthum ein Recht ableiten will, denselben zu beweisen haben. fr. 25. cit.; c. 4. X. de exceptionib. (2. 25.); c. 8. VI. de electione (1. 6.).

488) Sehr nahe liegt diese Erklärung bei der Stelle, die von dem als Soldat angeworbenen Sclaven redet. Der Sinn der Stellen, welche von dem legatum rei alienae sprechen, möchte folgender seyn: Die Uebertragung des Eigenthums an einer Sache ist im Ganzen nur dem Eigenthümer möglich. Die letztwillige Verfügung, wonach A dem B das Eigenthum einer bestimmten Sache übertragen soll, hat daher nur dann Gültigkeit, wenn entweder die Sache dem A schon gehört, oder durch des Erblassers Tod ihm zufällt, oder dieser ihm ausdrücklich oder stillschweigend auflegt, sie anzuschaffen. Eine solche stillschweigende Auflage kann aber in der Verfügung, daß B die Sache von A erhalten soll, besondere Fälle abgerechnet, nur dann gefunden werden, wenn der Disponent wußte, daß die Sache fremd ist.

werden lassen, auch dann bewiesen werden muß, wenn er nicht in Besitz desselben ist, theils zu viel, indem z. B. der Irrthum über die Substanz des Gegenstandes bei einem noch unerfüllten Vertrag eben so wenig ohne Beweis angenommen wird, als wenn der Vertrag schon erfüllt ist.

Was die Beweismittel betrifft, so läßt die Praxis ausnahmsweise zu, daß derjenige, der seinen Irrthum zu beweisen hat, sich selbst zum Eide erbiete. Gegen diese Praxis erklärte sich Thibaut in seinen Versuchen. In der angeführten Dissertation von Hermann werden dagegen zur Rechtfertigung der Praxis vier Stellen des Corpus Juris Canonici angeführt. Auch sucht v. Löhr, in einem Anhange zu dem von ihm als praeses gegebenen Auszug aus Hermanns Abhandlung, gegen die neue Auflage von Thibauts Schrift zu zeigen, daß jene Stellen den in Frage gezogenen Satz der Praxis allerdings begründen; und dieser Beweis möchte vollkommen gelungen seyn. Auf die Stelle, die von dem Fall spricht, wo Jemand, der einen Geistlichen geschlagen hat, und nun mit der canonischen Strafe der Excommunication belegt werden soll, nicht gewußt haben will, daß der Geschlagene ein Geistlicher war [489]), will ich kein großes Gewicht legen. Nicht weil das canonische Recht in Strafen besonders mildherzig wäre, was es bei Delicten gegen Geistliche, wie auch v. Löhr bemerkt, durchaus nicht ist; sondern wegen des von Thibaut nicht berührten Umstandes, daß es sich um einen Geistlichen handelt, der das Haar ganz weltlich trägt, ohne daß es jedoch ganz gewiß ist, daß sein Stand dem Thäter unbekannt war. Hier könnte man nämlich sagen, es solle wohl nur die bereits vorhandene Wahrscheinlichkeit durch einen Ergänzungseid zur vollen juristischen Gewißheit erhoben werden. Aber keinen Zweifel lassen die übrigen drei Stellen. Die eine [490]) sagt: wer sich dem zu einer geistlichen Dignität Gewählten, dem er selbst

---

[489]) c. 4. X. de sentent. excommunicat. (5. 39.).

[490]) c. 8. VI. de elect. (1. 6.).

seine Stimme gegeben, aus Gründen, die er früher nicht gekannt, widersetzen will, der kann seine frühere Uebekanntschaft beweisen durch seinen eignen Eid. Diesen Eid sieht freilich Thibaut als einen suppletorischen an. Er behauptet nämlich, das früher abgegebene Votum mache es wahrscheinlich, daß man mit dem Verbrechen unbekannt gewesen. Aber tritt nicht dieser Grund überall ein, wo Jemand einen begangenen Irrthum zu beweisen hat? Immer will er die Nachtheile gut machen, die durch ein Benehmen herbei geführt worden, welches sich nur dann recht erklären läßt, wenn man annimmt, er sey im Irrthum gewesen, welches also den Irrthum wahrscheinlich macht. Die beiden andern Stellen handeln von ganz gewöhnlichen Fällen eines zu beweisenden Irrthums, bei denen sich gar nicht einsehen läßt, warum hier der Beweisende gelinder behandelt werden soll, als wenn ein anderer Irrthum zu beweisen wäre. Die eine [491]) spricht nämlich von dem Falle, wenn eine dilatorische Einrede nicht zur gehörigen Zeit vorgebracht wurde, weil der Beklagte sie damals nicht kannte; und die andere [492]) von dem Falle, wenn trennende Ehehindernisse erst nach Eingehung der Ehe von Jemanden angezeigt werden, welcher behauptet, er habe sie vorher nicht gekannt.

II. Von den Rechtsgeschäften.

A. Das Allgemeine.

1) Begriff und Bestandtheile eines Rechtsgeschäfts.

Ein Rechtsgeschäft ist nichts Anderes, als die Erklärung des Willens, daß gewisse Rechtsverhältnisse entstehen, aufhören, oder verändert werden sollen. Die Definition im Anfang des §. 131 soll offenbar dasselbe sagen; wörtlich genommen ist sie aber zu weit, wie die Definitionen der Rechtsgeschäfte gewöhnlich sind.

---

[491]) c. 4. X. de exceptionibus (2. 25.).

[492]) c. 6. X. qui matrimon. accusare possunt vel contra illud contestari (5. 39.).

Der Unterschied zwischen den heutzutage sogenannten **essentialia, naturalia** und **accidentalia negotii** wird im §. 131 richtig angegeben.

2) Eintheilungen der Rechtsgeschäfte.

Zu der ersten von den drei Eintheilungen im §. 131 habe ich zu bemerken: Unter einseitigen Rechtsgeschäften versteht man gewöhnlich dasjenige, was Wening als die zweite Bedeutung angibt, und von den einseitigen Geschäften in diesem Sinne bilden die Verträge den Gegensatz. Man nennt aber häufig auch einzelne Verträge einseitig, und versteht darunter solche, durch welche nur ein Theil etwas zusagt, und der andere blos das Zugesagte acceptirt. In diesem Sinne gehört z. B. eine einfache acceptilatio, oder eine Schenkung, wodurch Eigenthum übertragen wird, eben so zu den einseitigen Verträgen, wie eine Schenkuug, wodurch man sich obligirt. Dagegen ein Mutuum, auch im römischen Sinn genommen, gehört zu den zweiseitigen. Denkt man aber freilich bei dieser Eintheilung der Verträge nur an eine Wirkung, nämlich an Obligationen, die durch sie begründet werden sollen, so muß man den Ausdruck einseitige Verträge freilich mit Wening nur für diejenigen gebrauchen, welche nur einen Theil obligiren. In diesem Sinne genommen ist das römische Mutuum freilich ein einseitiger Vertrag. Aber diese Bedeutung gehört wohl nicht in den allgemeinen Theil, sondern in das Obligationenrecht, und zwar in die Lehre von den obligatorischen Verträgen.

3) Erfordernisse zur gültigen Abschließung eines Rechtsgeschäfts.

Hierzu gehört:

a) Fähigkeit der Personen, die es abschließen. Darüber s. §. 132. verglichen mit dem, was ich oben zu §. 125. bemerkte.

b) Fähigkeit des Gegenstandes. Darüber s. ebenfalls §. 132.

c) Gehörige Willensbestimmung. Davon war schon in der Lehre von den Handlungen im Allgemeinen bei Gelegenheit des §. 125. die Rede.

d) Gehörige Willensäußerung. Hierher gehören die §§. 129. und 130. — Die präsumtive Willenserklärung gehört eigentlich nicht hierher, sondern in die Lehre von dem Beweis. Auch die fingirte gehört nicht hierher, indem da, wo sie Statt findet, kein Rechtsgeschäft vorhanden ist, sondern nur die Folgen eines solchen eintreten sollen. Man bringt aber gewöhnlich diese Begriffe in diesem Zusammenhang vor, und zwar offenbar nur, um darauf aufmerksam zu machen, daß eine stillschweigende Willenserklärung etwas anderes ist.

e) Beobachtung der für das fragliche Rechtsgeschäft etwa besonders vorgeschriebenen äußeren Form. Darüber §. 133.

4) Beweis eines Rechtsgeschäfts.

Darüber §. 134. Der letzte Satz dieses §. hat folgenden Sinn: Derjenige, welcher die Vornahme eines Rechtsgeschäfts behauptet, hat nur zu beweisen, daß die fragliche Person oder die fraglichen Personen ihren Willen gehörig erklärt haben, und daß sie dabei die etwa vorgeschriebene Form, z. B. Zuziehung von sieben Zeugen, beobachtet haben. Dem Gegner liegt der Beweis ob, wenn er behauptet, die Personen, die das Rechtsgeschäft abgeschlossen, seyen unfähig dazu gewesen, der Gegenstand sey unfähig gewesen, es habe an der gehörigen Willensbestimmung gefehlt, derjenige, den das Rechtsgeschäft betrifft, z. B. der eingesetzte Erbe, sey unfähig dazu, oder die äußere Form leide an einem besonderen Mangel, indem z. B. einer der zugezogenen Zeugen unfähig gewesen sey.

5) Nebenstimmungen des Inhalts.

a) Bedingungen.

a) Der Begriff wird im §. 135. richtig angegeben und erläutert.

Unter den vier Eintheilungen der eigentlichen Bedingungen, die in demselben §. angegeben werden, sind zwei, zu welchen ich Bemerkungen zu machen habe.

Ueber die in den Quellen nirgends allgemein beantwortete Frnge, ob eine Bedingung im Zweifel als Suspensiv- oder als Resolutivbedingung anzusehen sey, sind die Juristen durchaus nicht einig. Vor Thibaut nahm man gewöhnlich an, die Vermuthung streite immer für die Suspensivbedingung. Man berief sich auf das citirte fr. 4., wonach die in dem einer unverheiratheten Person gegebenen Versprechen, eine dos zu bestellen, liegende stillschweigende Bedingung der Verehelichung als Suspensivbedingung angesehen werden soll. Thibaut nahm auch auf das citirte fr. 1. Rücksicht, wonach bei der wirklichen Einräumung von Dotalsachen vor Eingehung einer Ehe nur eine Resolutivbedingung angenommen werden soll. So kam er denn Anfangs auf die im §. angegebene Distinction. In der zweiten Auflage seiner Abhandlungen berücksichtigt er aber auch die Stellen [493]), wonach das pactum addictionis in diem im Zweifel als Resolutivbedingung anzusehen ist, auch wenn sie vor Erfüllung des Kaufs hinzugefügt wird, was man auch auf die lex commissoria anzuwenden pflegt [494]). Wegen dieser Stellen beschränkt er jetzt seine frühere Behauptung auf die Fälle, wo die Suspensivbedingung zu dem Ganzen besser paßt, als die Resolutivbedingnng. Es scheint mir aber, man müsse sich von der früheren Ansicht noch einen bedeutenden Schritt weiter entfernen. Thibaut legt, wie es mir scheint, immer noch zu viel Gewicht auf die von der dos sprechenden Stellen. Diese sollte man wohl bei unserer Frage gar nicht berücksichtigen, weil sie nicht von einer eigentlichen Bedingung sprechen, sondern von einer conditio, quae tacite inest negotio. Abstrahirt man aber von diesen Stellen, so bleiben nur solche übrig, die für die Resolutiv-

[493]) Wening B. III. §. 387. Note n.

[494]) Wening B. III. §. 388. Note z.

bedingung präsumirt haben wollen. Und eine allgemeine Präsumtion für die Resolutivbedingung hat auch das für sich, was man bei der Frage, ob im Zweifel ein conditio oder ein modus anzunehmen sey, zu Gunsten des letzteren geltend zu machen pflegt, nämlich daß das Rechtsgeschäft als weniger beschränkt erscheint. Mir scheint es: wenn man, ohne Stellen für sich zu haben, blos aus dem angegebenen Grunde die Regel aufstellt, es müsse im Zweifel ein modus und keine conditio angenommen werden, so könne man ohne Inconsequenz nie für die Suspensiv- und gegen die Resolutivbedingung präsumiren. Eine andere Frage ist aber, ob man nicht die Präsumtion für den modus als allgemeine Präsumtion, weil kein Gesetz dafür vorhanden ist, fallen lassen sollte (wie Löhr will, wenn ich nicht irre), um sich bei der Interpretation einer einzelnen in dieser Beziehung zweifelhaften Nebenstimmung lediglich an die vorliegenden speciellen Merkmale zu halten. Wer dieser Ansicht ist, der darf natürlich auch für die Fälle, wo es zweifelhaft ist, ob eine Suspensiv- oder eine Resolutivbedingung habe gesetzt werden wollen, keine allgemeine Regel aufstellen.

Bei der Eintheilung unter IV. denken sich die Römer unter conditio potestativa diejenige, deren Erfüllung bei dem gewöhnlichen Gang der Dinge blos von der Willkühr des bedingt (unter einer Suspensiv- oder unter einer Resolutivbedingung) Berechtigten abhängig ist, unter casualis jede, deren Erfüllung nicht hiervon, sondern von irgend etwas Anderem, sey es auch die Willkühr einer andern Person als des bedingt Berechtigten, abhängt, unter mixta endlich diejenige, deren Erfüllung von der Willkühr des bedingt Berechtigten und noch von etwas Anderem abhängig ist [495]). Die Juristen sehen bei dieser Eintheilung zuweilen darauf, ob die Erfüllung der Bedingung ganz oder doch

---

[495]) S. Note d. So auch **Muehlenbruch** D. P. Vol. 1. §. 106.

theilweise von der Willkühr desjenigen abhängt, der durch das fragliche Rechtsverhältniß verpflichtet oder in seinen Befugnissen beschränkt wird. Dieser Sprachgebrauch ist aber nicht römisch; denn in der einzigen Stelle [496]), welche auf diese Weise unterscheidet, werden die Ausdrücke, um die es sich hier handelt, nicht gebraucht, während sie in den Stellen gebraucht werden, welche auf die oben angegebene Weise unterscheiden. Die Compendien drücken sich hier gewöhnlich zu unbestimmt aus.

c) Ueber die Statthaftigkeit einer Bedingung s. §. 136. — Die Regel, daß ein Rechtsgeschäft, welches keine Bedingungen zuläßt, durch deren Hinzufügung ungültig werde, leidet eine Ausnahme bei der Einsetzung eines directen Erben, welche unter einer Resolutivbedingung geschieht. Hier ist nämlich die Einsetzung nicht ungültig, sondern es wird nur die Bedingung als nicht hinzugefügt angesehen [497]). — Die unter 1—3 aufgeführten besonderen Bedingungen sind nur deswegen unzulässig, weil sie als unanständig, als moralisch unmöglich angesehen werden. Von der Wirkung aller solchen Bedingungen gilt die Bemerkung im §. 139. bei der Note e.

d) Ueber deren Erfüllung s. §. 137. Die Stelle der Note t [498]) beweist deswegen nicht, daß aus Rücksicht der Billigkeit eine Verlängerung der für die Erfüllung vorgeschriebenen Zeit gestattet werden müsse, weil sie gar nicht von einer wahren Bedingung und deren Erfüllung spricht.

e) Ueber die Wirkungen der eigentlichen Bedingungen s. §. 138., und über die uneigentlichen §. 139. Inwiefern die Existenz einer Bedingung zurückwirkt, werden wir unten im besonderen Theile bei den einzelnen Rechtsgeschäften sehen. Auch wird sich in der Lehre von den ding-

---

[496]) fr. 9. §. 1. D. qui potiores in pignore (20. 4.). Auf fr. 108. §. 1. D. de V. O. (45. 1.) kann man sich gar nicht berufen, denn dieses spricht gar nicht von Bedingungen.

[497]) S. unten B. V. §. 73. Note q und meine Bemerkungen dazu.

[498]) Es ist fr. 135. §. 2. D. de V. O. (45. 1.)

lichen Rechten [499]) zeigen, in welchem Sinne und inwiefern ein Rückfall des Rechts in Folge einer existirenden Resolutivbedingung eintritt. Die Bemerkung bei der Note c ist nach §. 135. Note p zu berichtigen.

b) Termin (dies).

Darüber §. 140 und 141. — Der Satz unter 2. erleidet eine Ausnahme, wenn das Geschäft eine letztwillige Verfügung, und von dem dies incertus nicht gewiß ist, ob ihn der Honorirte erlebt. Hier gilt er als conditio [500]). — Der wichtige Satz unter 3. gilt nur von Obligationen, nicht auch von andern betagten Rechten. — Die unzuläßigen Termine, wovon in der Note p die Rede ist, machen, wie wir unten in den einzelnen Lehren sehen werden, bald die Rechtsgeschäfte, denen sie beigefügt sind, ungültig, bald werden sie als nicht hinzugefügt angesehen.

c) Modus.

Darüber §. 142 und 143. Ueber die letzte Bemerkung des §. 143. vergl. das, was oben bei Gelegenheit des §. 135. bemerkt wurde.

6) Mängel der Rechtsgeschäfte.

Ein Rechtsgeschäft, welches man nicht zu berücksichtigen braucht, ist entweder ganz ungültig, oder es ist zwar der Strenge nach gültig, kann aber als ungültig behandelt werden, man kann von dem Richter vermittelst einer exceptio, z. B. der exceptio doli, oder vermittelst einer besonderen Klage, z. B. der querela inofficiosi testamenti, einen Ausspruch verlangen, wonach das an sich gültige Geschäft doch nicht beachtet zu werden braucht.

Sowohl die ipso jure eintretende Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts, als die Möglichkeit, dasselbe als ungültig zu behandeln, hat ihren Grund entweder in den Umstän-

499) Bei B. II. §. 7 und 8.

500) S. unten B. V. §. 79. Noten s und t.

den, unter welchen es abgeschlossen wurde, oder in einem späteren Ereigniß. So ist z. B. ein von einem Wahnsinnigen abgeschlossenes Geschäft von Anfang an ipso jure nichtig, ein Geschäft, welches ein Minderjähriger zu seinem Nachtheil abgeschlossen, kann wegen dieses Umstandes von Anfang an als ungültig behandelt werden, ein gültig und wirksam errichtetes Testament wird später ipso jure ungültig durch Errichtung eines neuen, und es kommt später in die Lage als ungültig behandelt werden zu können, wenn noch Jemand geboren wird, der die querela inofficiosi testamenti anstellen kann.

Unsere heutigen Juristen gebrauchen gewöhnlich den Ausdruck Rescission als technische Bezeichnung für den richterlichen Ausspruch, wonach ein der Strenge nach gültig errichtetes und gültig gebliebenes Geschäft nicht berücksichtigt zu werden braucht. Sie unterscheiden negotia nulla und negotia rescissa. In den Quellen kommt der Ausdruck rescindi für Rechtsgeschäfte allerdings vor; er wird aber dort in einer weiten unbestimmten Bedeutung gebraucht, und namentlich auch für Fälle, wo ein gültig abgeschlossenes Rechtsgeschäft später ipso jure ungültig wird [501]), so wie es auf der anderen Seite auch wohl vorkommt, daß von einem Rechtsgeschäfte, welches nur als ungültig zu behandeln ist, gesagt wird, es sey nullius momenti [502]).

Hier ist nur noch über die ipso jure nichtigen Geschäfte Einiges zu bemerken.

a) Die Geschäfte, welche schon bei ihrer Errichtung ipso jure nichtig sind, werden vorzugsweise negotia inutilia, negotia nulla u. s. w. genannt [503]). Dieser Fall tritt ein, so oft eines von den allgemeinen oder besonderen Erfordernissen zur Errichtung eines Rechtsgeschäfts fehlt. Dieses gilt auch von der etwa vorgeschriebenen äußeren Form,

---

[501]) Wening §. 145. Note u.

[502]) fr. 22. D. quae in fraud. creditor. (42. 8.).

[503]) S. z. B. unten die Lehre von den Testamenten und rubr. Tit. de inutilib. stip. J. (2. 20.) et C. (8. 39.).

so wie von der Erlaubtheit des Inhalts, insoweit nicht das Gesetz ausdrücklich das Gegentheil sagt, oder das Verbot dem römischen Rechte angehört, und älter ist, als die Verordnung von Theodos II. und Valentinian III. [504]), wonach ein verbotenes Geschäft im Zweifel nichtig seyn soll. Noch einige Regeln enthält der §. 91.

Ein von Anfang ungültiges Geschäft wird zuweilen später gültig, es convalescirt, wie man sich ausdrückt, und zuweilen ist es als ein anderes Geschäft aufrecht zu erhalten, z. B. ein nichtiges Testament als Codicill, was man Conversion (conversio actus juridici) nennt.

Von der Convalescenz (§. 146.) läßt sich im Allgemeinen nur so viel sagen, daß sie gewöhnlich noch nicht dadurch eintritt, daß die unfähig gewesene Person oder der unfähig gewesene Gegenstand fähig wird, wohl aber dadurch, daß die zur Gültigkeit des Geschäfts fehlende Einwilligung einer Person (ratihabitio), oder die fehlende äußere Form, letztere jedoch unter Mitwirkung aller Personen, die bei einem Geschäfte der fraglichen Art mitzuwirken haben, nachgeholt wird. Besteht die fehlende Form in der Bestätigung von Seiten des Regenten oder des Richters, so gilt natürlich dasselbe, wie bei einer anderen fehlenden Form. Ganz ungegründet ist aber die zuweilen vorkommende Ansicht, daß durch die Genehmigung des Regenten, oder gar durch die des Richters, jedes nichtige Geschäft Gültigkeit erlangen könne. Die Ratihabition hat in dem angeführten Falle rückwirkende Kraft [505]), nicht aber die nachgetragene Form.

Ueber die Conversion s. §. 147. Die Erfordernisse dazu werden nirgends in die Quellen im Allgemeinen angegeben. Ueber zwei von den Erfordernissen, welche Wening nennt, stimmen die einzelne Fälle betreffenden Aussprüche überein [506]). Was das dritte, die Erklärung des Willens von Seiten des Disponenten betrifft, so wird sie nicht ver-

---

[504]) c. 5. pr. C. de constitutionib. (1. 14.); c. 46. VI. de R. J. S. oben S. 25. Note 15.

[505]) S. unten meine Bemerkungen zu §. 150.

[506]) Wening §. 147 Note k.

langt, wenn eine ungültige acceptilatio als pactum remissorium [507]), wohl aber, wenn ein ungültiges Testament als Codicill erhalten werden soll [508]), wo sie bekanntlich von unseren Juristen clausula codicillaris genannt wird, oder eine ungültige fidejussio als constitutum debiti alieni [509]), oder eine sonstige ungültige Stipulation als nudum pactum [510]), oder endlich eine ungültige Ehe als Verlöbniß [511]). Aus diesen fünf Entscheidungen abstrahirt man gewöhnlich die Regel, daß die Erklärung zur Conversion erforderlich sey, außer bei liberatorischen Rechtsgeschäften.

b) Ein Rechtsgeschäft, welches gültig errichtet, aber nachher ungültig geworden ist, nennt man **negotium infirmatum**. Die einzelnen Fälle sind bei den einzelnen Arten von Geschäften verschieden. Hier kann man höchstens die Frage aufwerfen: inwiefern verliert ein gültig errichtetes Rechtsgeschäft deswegen seine Gültigkeit, weil Umstände eintreten, unter welchen es nicht mehr gültig errichtet werden könnte? Darüber läßt sich aber nur Folgendes sagen: Wird die **Person** später unfähig, ein solches Rechtsgeschäft zu errichten, so kommt alles darauf an, ob sie auch unfähig wird, in dem durch das Rechtsgeschäft begründeten Rechtsverhältniß zu stehen, oder nicht. So wird z. B. ein gültig errichtetes Testament dadurch nichtig, daß der Testator später filiusfamilias wird, nicht aber dadurch, daß er später wahnsinnig oder für einen Verschwender erklärt wird [512]). Durch Unfähigwerden des **Gegenstands** pflegt das Geschäft ungültig zu werden, wenn jener zu Grunde geht oder extra commercium kommt, jedoch muß auch hier zuweilen etwas anderes statt desselben geleistet werden. Ueber andere Veränderungen am Gegenstand eines Rechtsgeschäfts läßt sich noch weniger

[507]) fr. 8. fr. 19. pr. D. de acceptilat. (46. 4.). fr. 5. D. de rescind. vend. (18. 5.).

[508]) Wening B. 5. §. 116. Note m.

[509]) fr. 1. §. 4. D. de constit. pec. (13. 5.).

[510]) fr. 1. §. 2. D. de V. O. (45. 1.).

[511]) fr. 9. D. de sponsalibus (23. 1.).

[512]) Wening B. 5. §. 105.

Allgemeines sagen, namentlich über den Fall, wenn das Eigenthum daran wechselt [513]). Der animus contrarius hat bald Wirkung, wenn er gehörig ausgesprochen wird, bald nicht. Von negotiis inter vivos kann in der Regel derjenige, welcher etwas eingeräumt hat, nicht einseitig zurücktreten.

6) Interpretation der Rechtsgeschäfte.

Darüber s. §. 148. Mühlenbruch [514]) unterscheidet mit anderen Juristen bei den Rechtsgeschäften wie bei den Gesetzen eine authentische und eine doctrinelle Interpretation. Den ersten Ausdruck gebraucht er für die Auslegung, wovon im §. 148. unter I., und den letzten für diejenige, wovon unter II — IV. die Rede ist, und die er wieder weiter in grammatische und logische abtheilt. Mackeldey [515]) unterscheidet von den beiden genannten Hauptarten der Interpretation noch eine dritte, nämlich die usuelle Interpretation. Mit diesem Ausdruck bezeichnet er diejenige Interpretation, welche sich auf den Sprachgebrauch der betreffenden Gegend gründet. Diese Auslegung möchte aber, wenn man einmal die in Beziehung auf die Auslegung der Gesetze herrschende Terminologie auf die Interpretation der Rechtsgeschäfte übertragen will, als eine Art der doctrinellen, und zwar der grammatischen Interpretation, darzustellen seyn [516]). — Unter den im §. angegebenen einzelnen Interpretationsregeln sind die drei, welche unter IV. 3 und 4 vorkommen, noch näher anzugeben. Die Stellen der Note a, wonach, wenn die Worte keine zulängliche Erklärung geben, der Sinn vorzuziehen ist, welcher

---

[513]) Ueber diese so wie über die folgenden Bemerkungen s. unten die einzelnen Lehren.

[514]) D. P. Vol. 1. §. 115.

[515]) Lehrb. des heutigen röm. Rechts B. 1. §. 179b.

[516]) Mit dem Ausdruck usuelle Interpretation könnte man diejenige bezeichnen, welche sich auf die Art gründet, wie diejenigen, die das Geschäft abgeschlossen, es bisher zur Anwendung gebracht haben.

für den Redenden [517]) am wenigsten nachtheilig ist, sprechen nur von der Anstellung der Klagen. Eine analoge Anwendung dieser Regel ist wohl bei der Auslegung anderer Vorbringen vor Gericht und etwa auch noch bei der Auslegung außergerichtlicher Erklärungen über bestehende Rechtsverhältnisse zuläßig. Sie ist aber nicht zuläßig bei eigentlichen Verträgen, wo ja beide Theile die Redenden sind, und eben so wenig bei letzwilligen Verfügungen, die ja dem Redenden weder zum Vortheil noch zum Nachtheil gereichen können. Von der bei Verträgen über gegenseitige Verhältnisse geltenden Regel, daß gegen denjenigen interpretirt werden muß, von welchem der unklare Antrag ausging, soll im Obligationenrecht [518]) näher die Rede seyn. Die Regel unter 4: **res in dubio ad minimum redigenda**, ist nur da zuläßig, wo nicht andere Interpretationsregeln, und namentlich die so eben besprochenen, im Wege stehen.

B. Einige einzelne Arten von Rechtsgeschäften.

1) Protestation und Reservation.

Darüber §. 149. — Den Ausdruck Reservation gebrauchen unsere Juristen von jeder Erklärung, wonach man gewisse Rechte nicht aufgeben will, deren Aufgabe etwa angenommen werden könnte, wenn der Berechtigte diese Erklärung nicht abgäbe. Sie kommt aber auf zweierlei Weise vor. Einmal bei einem Rechtsgeschäft, wodurch man einen Inbegriff von Rechten aufgibt, als beschränkende Bestimmung, wonach gewisse Rechte, obgleich sie zu diesem Complex gehören, doch nicht aufgegeben werden sollen. In diesem Sinne spricht man z. B. von reservirten Servituten und Hypotheken bei der Uebertragung des Eigenthums. Dann kommt die Reservation aber auch als eine Art der Protestation vor. Eine Protestation läuft nämlich, genau genommen, entweder auf die Erklärung hinaus, man wolle gewisse Ver-

---

[517]) So soll es offenbar heißen, und nicht „für den Verlierenden."

[518]) Im 3. Buche bei Gelegenheit des §. 83.

bindlichkeiten nicht übernehmen, oder auf die Erklärung, man wolle gewisse Rechte nicht aufgeben. In dem letzten Fall nun kann man sich auch so ausdrücken, man behalte sich diese Rechte vor; und die Protestation heißt daher hier auch Reservation.

2) Ratihabition.

Nicht blos Rechtsgeschäfte können als Gegenstand der ratihabitio vorkommen, wie Wening im Anfang des §. 150. zu sagen scheint, sondern auch andere Handlungen. Wenigstens besteht die negotiorum gestio, welche denkbarerweise von dem negotiorum dominus ratihabirt werden kann, bei weitem nicht immer in Vornahme von Rechtsgeschäften. Hier soll aber nur von dem rechtlichen Einfluß der Ratihabition auf Rechtsgeschäfte, die ohne sie ungültig oder doch unwirksam sind, die Rede seyn. Darüber s. §. 150.

Was die Frage betrifft, in wie weit die Ratihabition, wodurch ein ungültig errichtetes Geschäft Gültigkeit erlangt, rückwirkende Kraft habe, so muß man unterscheiden:

a) A errichtet ein Rechtsgeschäft, zu dessen Gültigkeit und Wirksamkeit die Einwilligung des B erforderlich ist (z. B. A verpfändet die Sache des B, oder er führt den Proceß desselben, oder er steht in dessen patria potestas und nimmt unter sonstigen Umständen, die keine Ausnahme von dem Senatusconsultum Macedonianum begründen, ein Gelddarlehn auf), diese Einwilligung des B wird erst nach geschehener Errichtung eingeholt, das Geschäft hat aber keinen sonstigen Mangel. Hier wird es gehalten, wie wenn die Einwilligung schon vor Errichtung des Geschäfts gegeben worden wäre [519]. Nur hat, wenn es darauf ankommt, daß B sich binnen der bestimmten Frist erklärt, die spätere Ratihabition keine Wirkung, auch wenn A vor Ablauf der Frist für ihn gehandelt hat. So z. B., wenn von Agnition der bonorum possessio die Rede ist [520].

---

519) § 150. Note m.

520) fr. 24. pr. D. rat. rem hab. (46. 8.).

b) B schließt ein eigenes Geschäft ab, aber deswegen ungültig oder unwirksam, weil es ihm oder dem Gegenstande an der Fähigkeit fehlt, und später, nachdem dieses Hinderniß beseitigt ist, wird die beharrliche Absicht des B, so wie derjenigen, welche das Geschäft mit abgeschlossen, dadurch erklärt, daß sie dasselbe Geschäft ausdrücklich oder stillschweigend von Neuem abschließen. Hier wirkt es in der Regel nur von dem Tage der neuen Abschließung an. Denn eine rückwirkende Kraft würde das Gesetz eludiren, welches das Geschäft für unwirksam erklärt. Auch gehen alle Entscheidungen von Fällen dieser Art in dem Corpus Juris [521]) von diesem Gesichtspunkte aus. So soll die Jurisdiction, welche der Statthalter einer Provinz einem Legaten ungültig aufgetragen hat, weil er, als es geschah, noch nicht in der Provinz aufgezogen war, wenn er nach Statt gehabtem Aufzug bei seinem Willen verharrt, dem Legaten erst von dem Augenblick des Aufzugs an zustehen [522]). So soll die Ehe, welche deswegen ungültig war, weil sie von dem Vorsteher einer Provinz mit einer Provincialin eingegangen worden, wenn sie nach beendigter Statthalterschaft, ausdrücklich oder durch Fortsetzung des ehelichen Verhältnisses stillschweigend, von Neuem eingegangen wird, nur für die Zukunft wirken, und namentlich sollen nur die nachher geborenen Kinder als wirklich eheliche angesehen werden [523]). Nur dann könnte vielleicht die fragliche Regel eine Ausnahme erleiden, wenn die Folgen der rückwirkenden Kraft von der Art sind, daß sie jetzt, auch wenn das frühere ungültig abgeschlossene Rechtsgeschäft gar nicht existirte, durch eine besondere Clausel des neuen Geschäfts herbei geführt werden könnten, und die Umstände die Absicht der Disponenten, diese Folgen eintreten zu lassen, wahrscheinlich machen.

Mit den Fällen unter b darf man freilich die nicht verwechseln, in welchen nach gesetzlicher Vorschrift das Geschäft ohne Ratihabition gültig wird, sobald das Hinderniß weg-

---

521) §. 150 Note o. Nur gehört fr. 24. cit. nicht hierher.

522) fr. 4. cit.

523) fr. 27. 65. cit.

fällt, und eben so wenig die Fälle, von denen unter c die Rede seyn wird.

c) Ein Rechtsgeschäft ist unverbindlich abgeschlossen, weil zur Zeit seiner Abschließung ein Verhältniß bestand, welches der Gesetzgeber für ein Hinderniß erklärt, der Gesetzgeber legt aber der wiederholten Willenserklärung oder dem fortdauernden beharrlichen Willen des Disponenten während der Dauer des Verhältnisses eine besondere juristische Wirkung bei, die vielleicht erst nach Beendigung des Verhältnisses soll in Anspruch genommen werden können. Für zwei Fälle dieser Art, nämlich für Schenkungen unter Ehegatten, und für Schenkungen an denjenigen, der in der patria potestas des Schenkers steht, verordnet Justinian, der Umstand, daß der Schenker sein ganzes Leben lang nicht revocirt, solle das Geschäft, insoweit es keinen sonstigen Mangel hat, für seine Erben in der Art verbindlich machen, daß alle Folgen eintreten, wie wenn es von Anfang gültig abgeschlossen worden wäre [524]). Ob es andere Fälle dieser Art gibt, auf welche Justinians Verordnung analog angewendet werden kann, auf diese Frage will ich mich hier nicht einlassen. Das möchte aber gewiß seyn, daß man von solchen Fällen nicht auf diejenigen schließen kann, in welchen die Ratihabition während der Dauer des dem Rechtsgeschäfte entgegenstehenden Hindernisses ganz unwirksam, und nur eine neue Abschließung nach geschehener Entfernung des Hindernisses möglich ist.

3) Renuntiation.

Darüber s. die §§. 151 und 152. Die Frage, ob zu einem gültigen Verzichte Acceptation erforderlich sey, kann auf zweierlei Weise verstanden werden. Man kann darin einmal die Frage finden, ob der eine Theil ein Widerspruchsrecht habe, wenn der andere ohne seine Zustimmung von einem Rechtsverhältniß keinen Gebrauch mehr mache. Man kann

[524]) c. 25. C. de donationib. inter. V. et U. (5. 16.). Die andere Stelle der Note mm betrifft einen der Fälle, von denen unter a die Rede war.

aber auch zweitens die Frage darin finden, ob der Verzichtende seine Erklärung bereuen, und sein Recht wieder ausüben könne, wenn der andere Theil noch nicht acceptirt habe.

In dem ersten Sinne genommen, muß man die Frage unbedingt verneinen, wenn Rechte aufgegeben werden sollen, die nicht mit Verbindlichkeiten streng verbunden sind; insoweit aber gegenseitige Verhältnisse aufgehoben werden sollen, wo jedoch der Ausdruck Verzicht nur uneigentlich gebraucht wird, ist in der Regel eine Uebereinkunft erforderlich, und nur zuweilen ist ausnahmsweise einseitige Aufkündigung zuläßig, wie z. B. bei der societas.

In dem zweiten Sinne habe ich die Frage in der citirten Abhandlung aufgeworfen, und in diesem Sinne nimmt sie auch Wening. Die Quellen verlangen zu einem bindenden Verzichte auf blos deferirte Rechte keine Acceptation [525]. Was die bereits erworbenen Rechte betrifft, so ist man nur darüber einig, daß zur Dereliction des Eigenthums, wodurch der Gegenstand zur res nullius wird, die von Jedermann, auch von dem Derelinquirenden, occupirt werden kann, keine Acceptation erforderlich ist [526], und daß der Nachlaß einer Forderung nur dann für den Gläubiger verbindlich wird, wenn er vor geschehener Zurücknahme von dem Schuldner acceptirt wird [572]. In Beziehung auf andere Rechte, und namentlich auf jura in re aliena, ist unsere Frage bestritten [528]. Nach meiner Ansicht ist hier Acceptation erforderlich, und zwar auch zu einem bindenden Verzichte auf den Ususfruct oder auf andere Personalservituten, wozu ich sie in der citirten Abhandlung noch nicht für nöthig hielt. Meine Gründe werde ich in der Lehre von diesen Rechten angeben.

---

525) S. unten B. 5. § 261.
526) Tit. D. pro derelicto (41. 7.).
527) fr. 91. D. de solut. (46. 3.).
528) S. Wening Note tt und Braun zu Thibauts Pandekten-System §. 143.

4) Eid.

a) Ueber Begriff und Arten des Eides s. §. 153.

b) Die Erfordernisse werden in den §§. 154—157. angegeben. Es ist gewöhnlich, neben der erforderlichen Form zu verlangen: judicium injurante, justitia in objecto und veritas in mente, wie auch Wening thut. Was aber Wening von der justitia in objecto sagt, das gilt natürlich nur von dem promissorischen, nicht auch von dem assertorischen Eide. Auch ist die veritas in mente in einem ganz anderen Sinne ein Erforderniß des Eides, als die übrigen drei Erfordernisse. Sie ist nämlich kein Erforderniß zur Gültigkeit des Eides, aber freilich gilt dieser, wenn es an ihr fehlt, nicht in dem Sinne, in welchem er geschworen wird, sondern in dem, in welchem er verlangt wurde, und wenn er assertorisch ist, so treten die auf den Meineid gesetzten Folgen ein.

c) Von den Wirkungen des Eides handelt §. 188. Ueber die Wirkungen des promissorischen Eides ist jetzt großer Streit unter den Juristen. Nach römischem Rechte sollte er im Ganzen nur innere Motive geben, das Beschworene zu erfüllen. Ein sonst ungültiges oder unwirksames Geschäft wurde durch ihn nicht gültig und wirksam [529]. Jedoch wurde derjenige, welcher einen beschworenen Vergleich oder ein beschworenes pactum de non petendo nicht hielt, ipso facto infam [530]; dann konnte der Freigelassene sich seinem Patron durch einen Eid zu Diensten verpflichten [531]; und endlich wurde nach einem Rescript von Alexander Sever der von einem mündigen Minderjährigen abgelegte Verzicht auf Restitution wegen Minderjährigkeit dadurch bindend, daß er mit einem Eide bekräftigt wurde [532]. Etwas weiter geht die

[529]) fr. 7. §. 16. D. de pactis (2. 14.). Nov. 82. cap. 11.

[530]) S. oben §. 93. Note x unter H.

[531]) fr. 7. pr. §. 1. D. de operis libertor. (38. 1.), vergl. mit fr. 36. D. de manumissis testamento (40. 4.).

[532]) c. 1. C. si adversus vendit. (2. 28.).

Fridericianische Authentica „Sacramenta puberum“ [533]). Die Glossatoren stritten nämlich darüber, ob das erwähnte Rescript über den Eid eines Minderjährigen nur von dem eidlichen Verzichte auf die in integrum restitutio, oder ob es auch von der eidlichen Bekräftigung eines wegen der Minderjährigkeit wirklich ungültigen Geschäfts zu verstehen sey. In der Authentica wird nun dieser Streit dahin entschieden, daß auch in dem letzten Falle das Geschäft gehalten werden müsse. Wörtlich genommen redet sie freilich von allen freiwilligen Eiden über Aufrechthaltung von Verträgen eines Mündigen, ohne Unterschied, ob dieser großjährig oder minderjährig ist. Noch weiter geht das Corpus Juris Canonici. Hier wird auch noch der eidliche Verzicht auf eine noch nicht deferirte Erbschaft [534]), und das eidliche Versprechen der Ehefrau, daß die Veräußerung des fundus dotalis nicht angefochten werden soll [535]), für verbindlich erklärt, und als Grund angegeben, daß das, was hier eidlich angelobt wird, nicht contra salutem animae, und nicht in praejudicium tertii gehe [536]). In dieser Aeußerung hat nun die Praxis von jeher eine ratio decidendi gefunden, d. h. sie hat angenommen, die Päbste entscheiden blos einzelne Fälle nach einer allgemeinen canonischen Rechtsregel, welche bei Gelegenheit dieser einzelnen Fälle mit ausgesprochen werde, und deswegen als Gesetz beobachtet werden müsse. In neuerer Zeit hat freilich Weber [537]) behauptet, die erwähnten canonischen Stellen änderen das römische Recht nur für die zwei angeführten Arten von Fällen ab, und was sie als Grund angeben, sey eine bloße ratio legis. Auch hat diese Behauptung manche Anhänger gefunden. Man hat sich zu ihrer Begründung auch auf eine Stelle [537]) berufen, worin gesagt seyn soll, die lex commissoria bei Pfändern werde durch einen

---

533) Auth. sacram. pub. C. si advers. vendit. (2. 28.).

534) c. 2. VI. de pact. (1. 18.).

535) c. 28. X. de jurejur. (2. 24.); c. 2. VI. de jurejur. (2. 11.).

536) S. auch c. 58. VI. de R. J. (5. 13.).

537) Weber über die nat. Verbindlichkeit §. 120.

Eid nicht gültig. Diese Stelle sagt aber offenbar nicht dieses, sondern nur: die für die Einlösung eines Pfandes festgesetzte Zeit sey als nicht abgelaufen anzusehen, wenn sie nur darum abgelaufen sey, weil derjenige, welcher den Auftrag es einzulösen übernommen hat, denselben nicht ausführte. — Wenn man nun auch zugeben will, daß die gewöhnliche Auslegung der erörterten Stellen des Corpus Juris Canonici einigen Zweifel zulasse, so wird ihr doch in der Anwendung deswegen der Vorzug gebühren, weil sie schon Jahrhunderte lang als interpretatio usualis besteht.

5) Einwilligung in fremde Rechtsgeschäfte.

Aus verschiedenen Gründen kann zu einem von A abgeschlossenen Rechtsgeschäfte die Einwilligung des B erforderlich seyn. Der Grund kann a) darin liegen, daß A das Rechtsgeschäft für B abschließt, z. B. A führt einen Proceß für B [539]); b) darin, daß A in eigenen Angelegenheiten unter der Aufsicht des B steht, z. B. unter seiner Vormundschaft [540]), so daß denn die Einwilligung nicht im Interesse desjenigen, der sie gibt oder versagt, des B, sondern im Interesse des A zu geben oder zu versagen ist; c) darin, daß A durch ein für sich abzuschließendes Rechtsgeschäft mit den Rechten des B in Collision kommt, z. B. A verpfändet die Sache des B [541]), er verschenkt eine in sein s. g. peculium profectitium und folglich zu dem Vermögen seines parens B gehörige Sache [542]), oder A, der Sclave des B, läßt sich als Soldat anwerben [543]); d) in einer besonderen gesetzlichen Vorschrift, wie z. B. die ist, daß der filiusfamilias zur Eingehung einer Ehe den Consens seines parens nöthig haben soll [544]). Unter diese Rubrik bringt man zuweilen, und bringt namentlich auch Wening, den Satz, daß der Emphyteuta bei Ver-

539) fr. 56. D. de judic. (5. 1.).

540) S. B. 3. §. 73.

541) fr. 16. §. 1. D. de pignorib. (20. 1.).

542) fr. 7. §. 4. D. de donationib. (39. 5.); fr. 25. §. 1. D. de mort. causa donat. (39 6.).

543) c. 6. qui militare possunt (12. 34.).

544) fr. 2. 3. 18. 19. D. de R. N. (23. 2.).

äußerung seines Rechts den Consens des dominus emphyteuseos einholen muß [545]). Offenbar würde sich aber hier, wenn über diese Veräußerung gar nichts vorgeschrieben wäre, die Nothwendigkeit des fraglichen Consenses von selbst verstehen, weil der neue Emphyteuta nicht blos in das dingliche Recht, sondern auch in die Obligationsverhältnisse, und namentlich auch in die Schuldverhältnisse, des alten eintreten soll. Der Grund kann endlich e) in einer besonderen Privatdisposition liegen. Dieses kann auf zweierlei Weise vorkommen. Es kann α) dem B durch ein Rechtsgeschäft die Befugniß eingeräumt seyn, zu verlangen, daß A ein Rechtsgeschäft, welches er sonst nach eigenem Gutdünken abschließen könnte, nicht ohne seine Einwilligung soll abschließen können; und es kann β) bei einem Rechtsgeschäft, welches den B nicht angeht, dessen Consens von A zur Bedingung gemacht seyn, z. B. der Consens der Ehefrau des A.

Wening hat im §. 159 offenbar bei weitem nicht alle angeführte Klassen von Fällen im Auge. Dagegen führt er in den Noten auch Stellen über Fälle an, die gar nicht hierher gehören, nämlich über Fälle, wo die Bestimmung der Quantität, welche ein Theil zu beziehen haben soll, z. B. die Bestimmung der Größe des Kaufpreises, durch Vertrag dem arbitrium eines Dritten überlassen wird [546]).

Wening wirft die Frage auf, ob zur Versagung des Consenses Gründe erforderlich sind. In den Fällen unter a ist dieses offenbar nicht der Fall. In den Fällen unter b kommt es auf die Gesetze an, welche die Aufsicht anordnen. In den Fällen unter c kommt es nur dann auf Gründe an, wenn ein besonderes Gesetz dieses ausnahmsweise vorschreibt, wie es z. B. zu Gunsten des Emphyteuta geschehen ist [547]). In den Fällen unter d kommt es darauf an, was das Gesetz sagt, welches den Consens verlangt. Die Einwilligung in die Ehe des Kindes soll nicht ohne Grund verweigert wer-

[545]) c. 3. C. de jure emphyt. (4. 66.).

[546]) fr. 76—79. D. pro socio (17. 2.).

[547]) c. 3. cit.

den [548]). Es lassen sich wohl Fälle denken, auf welche diese Bestimmung analog anzuwenden ist; aber eine allgemeine Regel für alle Fälle darf man wohl nicht mit Wening daraus machen. In den Fällen unter e, α. kommt es theils darauf an, ob A sich der Befugniß das fragliche Rechtsgeschäft abzuschließen überhaupt begeben kann, theils auf den Sinn des Geschäfts, wodurch er sich in dieser Beziehung von B abhängig macht. In den Fällen unter e, β endlich kommt es auch auf die Auslegung des Geschäfts an, und ist der Consens des Dritten ohne weitere Clausel zur Bedingung gemacht, so muß man, wenn er versagt wird, die Bedingung als deficirend ansehen, ohne daß es auf die Gründe ankommt, die den B zur Versagung bestimmt haben. Die von Wening aufgestellte Behauptung, daß der Consens, welcher wegen eines besonderen Vertrags erforderlich sey, nicht ohne hinreichenden Grund versagt werden dürfe, beruht auf einer Verwechselung des Consenses mit dem oben berührten arbitrium.

Die übrigen Bemerkungen des §. 159 muß ich unterschreiben, und namentlich auch die, daß die letzten Stellen der Note n mit den Behauptungen des Textes nicht im Widerspruch stehen. Die erste dieser Stellen spricht nämlich von dem Falle, wo man eine Urkunde blos signirt, d. h. als Zeuge versiegelt; und hier erfährt man gewöhnlich den Inhalt nicht. Die zweite fragt nicht, ob man in die dort zur Sprache gebrachte Theilung consentirt habe, sondern ob man durch seine Zeugschaft bei der Theilung auf seine Forderung auf die Sache verzichtet habe; auch sind die Umstände, von denen die Rede ist, von der Art, daß der Zeuge leicht in der Lage seyn konnte, seine Forderung nicht zu kennen. Die dritte Stelle endlich spricht auch nicht von der Einwilligung in ein Geschäft, nämlich in das dort zur Sprache gebrachte mutuum, sondern davon, ob man sich verbürgt habe; dieses kann freilich daraus, daß man dem

---

548) fr. 19. cit.

Geschäfte als Zeuge beiwohnte, nicht gefolgert werden, und am allerwenigsten daraus, daß man nur die Urkunde als Zeuge besiegelte, wie in der Stelle vorausgesetzt wird.

III. Von unerlaubten Handlungen.

Darüber kommt das Nähere unten im besonderen Theile und namentlich im Obligationenrechte vor. Einstweilen mag das genügen, was in den §§. 160 — 162 angegeben wird.

Siebentes Kapitel.

Raum- und Zeitverhältnisse.

I. Raumverhältnisse.

A. Vom Domicilium.

Hierüber habe ich zu den §§. 163 und 164 nur eine Bemerkung zu machen. Ich halte nämlich die gewöhnliche Ansicht für richtig, wonach derjenige, welcher seinen bisherigen Wohnsitz verläßt, um einen neuen zu beziehen, sein bisheriges Domicil sogleich verliert, und nicht erst, nachdem er ein neues gegründet hat, wie Wening bei der Note i behauptet. Eine dort nicht citirte Pandektenstelle [549]) läßt hierüber keinen Zweifel übrig.

B. Von der Gegenwart und Abwesenheit.

Darüber §. 165. — Es ist zunächst nur die Abwesenheit, die in ordentliche und außerordentliche eingetheilt zu werden pflegt. Ordentlich abwesend ist man nämlich nach dem Sprachgebrauch der Juristen, wenn man an einem anderen Orte seinen Wohnsitz hat; außerordentlich abwesend dagegen kann man nur von dem Wohnorte seyn. Bei der ordentlichen Abwesenheit könnte man freilich von einer zu-

---

549) fr. 27. §. 2. D. ad municipalem (50. 1.).

weilen etwa eintretenden außerordentlichen Anwesenheit sprechen, und bei der außerordentlichen Abwesenheit von einer ordentlichen Anwesenheit. Dieses geschieht aber meines Wissens nicht. — Die beiden folgenden Eintheilungen haben nur für die Lehre von der in integrum restitutio Interesse. Dasselbe gilt auch von der am Ende des §. angedeuteten Eintheilung in wirkliche und fingirte Abwesenheit. Die letztere kommt, wie wir unten sehen werden, nach den Quellen nicht so oft vor, als man oft behauptet.

C. Vom Besitze.

1) Allgemeine Einleitung in diese Lehre, insbesondere aber vom Begriff des Besitzes und von der Stellung der Besitzlehre in dem Systeme des Civil-Rechts.

Diese Rubrik bezeichnet die Aufgabe des §. 166, wie er sich in der vierten Ausgabe des Lehrbuchs findet. — Was den zuletzt genannten Punkt betrifft, so stimme ich der Behauptung Wenings bei, daß der Besitz als eine Thatsache, woraus verschiedenartige Rechte entspringen, im allgemeinen Theile abgehandelt werden könne, jedoch mit dem Zusatze, daß die speciellen Regeln über die quasi-possessio, namentlich die der Servituten, der Deutlichkeit wegen besser in der Lehre von denjenigen Rechten, welche als Gegenstand derselben erscheinen, dargestellt werde. Es läßt sich aber auch vertheidigen, wenn man den Besitz, wie Welcker, Mußler [550]) und Andere wollen, in der Lehre von den dinglichen Rechten abhandelt. Ich kann zwar nicht zugeben, daß der Besitz ein Recht, und insbesondere ein dingliches Recht sey, wie diese Schriftsteller behaupten. Dieses wird er dadurch nicht, daß er Rechte erzeugt, und eben so wenig dadurch, daß die Gesetze bestimmen, wann Besitz angenommen werden soll und wann nicht. Sonst müßten z. B. die Verträge auch Rechte seyn. Aber unmittelbar durch

---

550) Franc. Ignat. Mussler diss. de natura possessionis. Frib. Brisig. 1829. 8.

seine Existenz erzeugt der Besitz ein Recht auf die einstweilige ungestörte Herrschaft über die besessene Sache. Dieses Recht ist gegen Jedermann geltend zu machen, also ein absolutes Recht. Sein Gegenstand ist bei dem wahren Besitze eine körperliche Sache. Folglich ist hier das Recht ein dingliches, wenn es auch nicht gerade eine actio in rem erzeugt. Bei der quasipossessio ist der Gegenstand des aus dem Besitz entspringenden Rechts, dasselbe, was Gegenstand des besessenen Rechts ist, z. B. der Gegenstand der quasipossessio servitutis ist das nämliche, was Gegenstand der Servitut ist. Da nun eine quasipossessio nach römischem Rechte nur bei dinglichen Rechten vorkommt, so ist das durch ihre Existenz erzeugte Recht auch nimmer ein dingliches Recht. Puchta [551]), der im Uebrigen mit dem Gesagten einverstanden zu seyn scheint, will das aus der Thatsache des Besitzes unmittelbar entspringende Recht für ein Statusrecht erklären. Da es aber nicht auf bloße Anerkennung einer persönlichen Eigenschaft geht, sondern auf das oben Bezeichnete, so möchte diese Ansicht unrichtig seyn. Nur eine Folge des durch die Existenz des Besitzes entspringenden absoluten Rechts, mag man es nun für ein Status- oder für ein dingliches Recht erklären, ist es, daß die eigenmächtige Störung des Besitzes, die Entsetzung aus demselben und ähnliche Handlungen, wie Savigny richtig bemerkt, widerrechtliche Handlungen, noch bestimmter ausgedrückt, Rechtsverletzungen sind, die obligationes erzeugen, zu deren gerichtlicher Geltentmachung die interdicta retinendae und recuperandae possessionis bestimmt sind, die denn auch Wening im Obligationenrecht abhandelt. Wollte man den Besitz wegen der Interdicte im Obligationenrecht abhandeln, so wäre es ungefähr, wie wenn man das Eigenthum wegen der condictio furtiva dort abhandeln wollte.

2) Verschiedene Arten des Besitzes.

Darüber s. §. 167. Nur über die erste der dort vorkommenden Eintheilungen habe ich Einiges zu bemerken.

---

[551]) Rhein. Museum für Jurisprud. B. 3. H. 2. N. 17.

Wenn man eine dreitheilige Eintheilung des Besitzes in bloße Detention, Interdictsbesitz und Usucapionsbesitz annimmt, so ist dies eben so fehlerhaft, als wenn man eine dreitheilige Eintheilung der Menschen nach dem Alter, in Unmündige, Mündige und Großjährige annehmen wollte. So wie die Großjährigen nur eine besondere Art von Mündigen sind, so ist der Usucapionsbesitz nur eine besondere Art des Interdictsbesitzes. Die fragliche Eintheilung ist also eine zweitheilige, mit einer zweitheiligen Untereintheilung. Der Interdictsbesitz ist nämlich entweder zugleich Usucapionsbesitz oder nicht.

Die im §. bei dieser Eintheilung angegebene römische Terminologie (wobei noch zu bemerken ist, daß der Ausdruck naturaliter possidere bald im Gegensatze von der civilis possessio für jeden Besitz, der kein Usucapionsbesitz ist, bald im Gegensatze von dem possidere ohne Zusatz für die bloße Detention gebraucht wird), ist dort nach der Savigny'schen Ansicht dargestellt. Vor Savigny verstand man unter civilis posessio gewöhnlich jeden juristischen oder Interdictsbesitz. Savigny wollte anfänglich nicht bloß diesen Ausdruck, sondern auch die Ausdrücke civiliter possidere und civiliter non possidere nur auf den Usucapionsbesitz bezogen wissen. In Beziehung auf die letzteren Ausdrücke ist er aber später durch die in der Note t citirte Abhandlung von Thibaut zu der im §. angegebenen Modification bestimmt worden. In neuerer Zeit kehren Einige, zu denen auch Thibaut [552]) gehört, ungedruckten Aeußerungen von Erb beistimmend, wieder zu der Ansicht zurück, daß die erwähnten Ausdrücke auf jeden juristischen Besitz im Gegensatz von der bloßen Detention zu beziehen seyen. Man beruft sich hauptsächlich auf eine Pandektenstelle [553]), welche den Satz: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest, auch von der civilis posessio gelten läßt, und dann auf eine neue Aus-

---

552) S. Braun zu Thibauts Pandekten-System §. 296.

553) fr. 1. §. 2. D. pro donato (41. 6.).

legung einer anderen Pandektenstelle [554]). In der ersten Stelle soll unter civilis possessio deswegen nicht mehr als der juristische Besitz zu verstehen seyn, weil bei dem Usucapionsbesitz die Frage: an possessor sibi ipse causam possessionis mutare possit, keinen Sinn habe, indem sich derselbe auf eine Verwandlung in einen besseren Besitz beziehe [555]), von welcher bei ihm, als dem besten Besitze, der sich denken lasse, keine Rede seyn könne. Allein dieses konnte man, wie auch Savigny erwiedert hat, zu der Zeit, aus welcher die Stelle herrührt, nicht allgemein sagen. Die possessio pro herede war nämlich, wegen der alten usucapio pro herede, die wir erst durch den neu aufgefundenen Gajus kennen lernten [556]), und die in einem Jahre vollendet war, vortheilhafter, als ein anderer Usucapionsbesitz. Daß die Regel: nemo sibi causam possessionis mutare potest, allgemein gilt, wo sich eine Anwendung für sie denken läßt, und nach Justinianeischem Rechte noch bei dem Besitz, welcher kein Usucapionsbesitz ist, zur Anwendung kommt, steht dieser Erklärung nicht im Wege, wie Thibaut anzunehmen scheint. Die andere Stelle sagt zuerst [557]): das interdictum de vi stehe nicht blos demjenigen zu, welcher civiliter, sondern auch demjenigen, welcher naturaliter besitze; und dann [557]) fügt sie hinzu: „denique et si maritus uxori donavit, poterit interdicto uti, non tamen si colonus.“ Nach Savigny enthält das Letztere ein Beispiel für die zuerst angegebene Regel; das fragliche Interdict wird nämlich der von dem Ehemanne ungültig beschenkten Ehefrau zugeschrieben, obgleich sie nach anderen Stellen nicht ad usucapionem, also nicht civiliter besitzt, dagegen wird es dem Pachter abgesprochen, weil dieser bekanntlich nur tenet, nicht possidet. Savigny denkt natürlich nicht blos an den Pachter der beschenkten Ehefrau, sondern an jeden Pachter.

---

[554]) fr. I. §. 9. 10. D. de vi (43. 16).

[555]) fr. 33. §. 1. D. de usurpat. (41. 3.).

[556]) Gaj. II. §. 52—58.

[557]) Im §. 9.

[558]) Im §. 10.

Diese Stelle, worauf Savignys Ansicht sich hauptsächlich stützt, will nun Thibaut [559]) dadurch entfernen, daß er den zweiten Theil derselben anders auslegt. Er will nämlich in den angegebenen Worten den Sinn finden: wenn der Mann die Frau beschenkt, und diese dejicirt wird, so hat der Mann das Interdict, nicht aber wenn der Pachter der Frau dejicirt wird. Diese Interpretation finde ich mit Savigny unnatürlich, und, was die Hauptsache ist, ich sehe nicht ein, wie hierdurch der im Vorhergehenden liegende Satz entfernt werden soll, daß das interdictum de vi auch von Personen angestellt werden könne, welche keine civilis possessio haben.

3) Rechte des Besitzes.

Im Allgemeinen.

Savigny erkennt nur zwei Rechte an, die als Wirkung des Besitzes erscheinen: das Recht Interdikte anzustellen, und das Recht zur Usucapion. Man muß auch wohl zugeben, daß die Römer diese beiden Wirkungen als die Hauptwirkungen des Besitzes ansehen. Daß sie für den zu den Interdicten geeigneten Besitz vorzugsweise den Ausdruck possidere im Gegensatze von dem bloßen tenere gebrauchen, und daß sie den zur Usucapion geeigneten Besitz civilis posssessio nennen, möchte als Beweis hierfür anzusehen seyn. Ich theile aber mit Thibaut [560]), Wening, Welcker, Mußler [561]) und Anderen die Ansicht, daß der Besitz auch noch andere juristische Wirkungen habe, namentlich diejenigen, welche im §. 168 angegeben werden.

Savigny erklärt sich vorzüglich gegen alle juristische Wirkungen, die man einem jeden Besitze, auch der bloßen Detention zuschreibt. Namentlich sagt er von dem Rechte der Selbstvertheidigung, es zeige sich nur darin, daß derjenige,

---

[559]) Civilistische Abhandlungen S. 339. Braun zu Thibauts Pandektensystem §. 296.

[560]) Pandekten-System §. 291. Braun zu diesem §.

[561]) l. c. pag. 6—16.

der seinen Besitz mit Gewalt vertheidigt, straflos sey, es gehöre also rein dem Criminalrechte an. Allein es zeigt sich, wie Mußler richtig sagt, auch darin, daß man von allem Anspruch auf Schadensersatz frei ist, dann folgt die Straflosigkeit der von einem imputationsfähigen Menschen vorgenommenen Gewaltthat nur daraus, daß er ein Recht dazu hat, und dieses Recht gehört denn doch nicht dem Criminalrechte, sondern dem Civilrechte an; auch wird aus den angegebenen Gründen das fragliche Recht in den Quellen nicht an der dem Criminalrechte angewiesenen Stelle, sondern im Zusammenhange mit civilrechtlichen Materien abgehandelt. Savigny sagt ferner von der Freiheit des Besitzers von dem Beweise, diese sey nur eine Folge von seiner Eigenschaft als Beklagter. Allein der Beklagte ist, wie ebenfalls Mußler heraushebt, nicht durchgängig von dem Beweise frei, z. B. nicht, wenigstens nicht allgemein, bei der Negatorienklage; der Besitzer verdankt seine Stellung als Beklagter, wo sie vortheilhafter ist als die des Klägers, gerade seinem Besitze; und es ist wenigstens nicht bewiesen, daß der Besitzer nicht auch da, wo er als Kläger auftritt, nämlich bei den Servitutenklagen, von der Beweislast frei sey. Daß endlich das Retentionsrecht zu den Wirkungen des Besitzes gehöre, stellt Savigny nur deswegen in Abrede, weil dieses auch bei der bloßen Detention vorkomme. Allein die bloße Detention ist ja auch eine possessio [562]), wenn auch nicht eine possessio im engeren Sinne.

b) Von dem Retentionsrecht insbesondere.

Darüber s. §. 196, wozu ich Folgendes zu bemerken habe:

Nur das s. g. jus retentionis necessarium ist wohl als Wirkung des Besitzes anzusehen, nicht auch das s. g. voluntarium. Dieses erscheint als Wirkung einer Privatdisposition. Jedenfalls gelten die Regeln des §. über die Voraus-

---

562) Wening §. 166 Note d, fr. 22. D. de judic. (5. 1.) fr. 15. 59. D. de furtis (47. 2.).

setzungen des Retentionsrechts sämmtlich nur von dem s. g. necessarium.

Unter den im §. angegebenen Voraussetzungen tritt das gesetzliche Retentionsrecht regelmäßig ein. Es gibt aber auf der einen Seite einen Fall, in welchem es auf eines von jenen Erfordernissen, nämlich auf die Connexität der geltend zu machenden Forderungen mit dem Besitze, nicht ankommt: ich meine den Fall, wenn der Gläubiger die Sache als Pfand für eine andere Schuld besitzt [563]. Und auf der anderen Seite gibt es einen Fall, wo kein Retentionsrecht eintritt, wenn auch alle angeführte Voraussetzungen vorhanden sind: ich meine den, wenn auf die dos, deren Herausgabe verlangt wird, Verwendungen gemacht worden sind, die nicht zu den impensae necessariae gehören [564].

Wening zählt, um die nothwendige Connexität näher zu bezeichnen, die Fälle, in welchen das Retentionsrecht Statt findet, unter a—e einzeln auf. Die Fälle unter d gehören aber nicht hierher, weil sie Fälle eines wahren Pfandrechts sind; und die unter c hätten nicht besonders erwähnt zu werden brauchen, weil sie schon unter den Fällen bei a und e mitbegriffen sind.

Die letzte Regel des §. gilt nur von demjenigen Retentionsrechte, welches gegen eine dingliche Klage geltend gemacht wird.

4) Von den Subjecten und Objecten des Besitzes.

Es handelt sich hier (§. 170.) nur um den s. g. juristischen Besitz.

Bei der Frage: wer kann juristisch besitzen? muß man nicht an die Erwerbung, sondern an die Fortsetzung des Besitzes denken; und dazu ist jeder fähig, der Vermögensrechte haben kann, er mag eine juristische oder eine physische Person seyn, er mag Willensfähigkeit haben oder nicht. Eine juristische Person kann freilich nur durch Repräsentanten

---

563) Wening B. II. §. 152. | 564) Wening B. IV. §. 49.

besitzen. — Nur eine Anwendung des Gesagten ist es, daß der filiusfamilias von jeher da nicht juristischer Besitzer seyn konnte, wo er auch nicht Eigenthümer seyn konnte, also nach Justinianeischem Rechte noch an dem s. g. peculium profectitium.

Von dem Satze des Lehrbuchs, daß der Interdictsbesitz nicht an derselben Sache mehreren in solidum zustehen könne, wollten ältere römische Juristen da eine Ausnahme machen, wo der wirkliche Inhaber eine vitiosa possessio hat, namentlich wenn er precario possidet; hier soll nämlich sein Vorgänger fortwährend als justus possessor angesehen werden. Eine Spur von dieser These finden wir noch in dem citirten fr. 14. Diese Stelle aus dem Titel: de precario, muß aber als aus Irrthum aufgenommen angesehen werden, indem in den Titel, in welchen unsere Frage eigentlich gehört, in den Titel: de acquirenda vel amittenda possessione, das citirte fr. 3. aufgenommen ist, welches die Streitfrage ex professo angibt, und gegen die Ausnahme von der Regel entscheidet. — Das citirte fr. 6. beweißt weder für noch gegen die Ausnahme. Sie beweißt nicht dafür, wenn man bedenkt, daß nach dem Rechte des Corpus Juris durch heimliche Ergreifung einer im Besitze eines anderen befindlichen unbeweglichen Sache kein Besitz erworben wird.

Gegenstand des wahren juristischen Besitzes können im Ganzen blos einzelne körperliche Sachen in commercio seyn. Nur freie Menschen können es insofern auch seyn, als sie bona fide als Sclaven besessen werden [565]. Mit Unrecht folgert Wening hieraus, das auch eigentliche res extra commercium bona fide juristisch besessen werden können.

5) Erwerbung des Besitzes.

Nach der im §. 171 gegebenen Einleitung in diese Lehre kann man den juristischen Besitz, von dem hier allein die Rede ist, in eigener Person und durch Stellvertreter erwerben, welche letztere auch Sclaven seyn

---

[565]) Wening Note ww.

können, weswegen der Ausdruck Mittelspersonen nicht recht paßt.

a) Soll Jemand den juristischen Besitz ohne Stellvertreter erwerben, so muß er selbst die Apprehension gehörig vornehmen, und die gehörige Absicht zeigen.

Von der Apprehension redet §. 172, wozu ich Folgendes zu bemerken habe: — Diejenige Tradition, wovon unter 3 die Rede ist, nannte man vor Savigny gewöhnlich traditio symbolica, und die unter 5 vorkommende — traditio longa manu. — Was bei Gelegenheit der Occupation unter 3 gesagt wird, das sagen die citirten Stellen zunächst nur von der Fortsetzung des bereits erworbenen Besitzes. Nur als Argument kommt auch vor, daß, wer von der entgegengesetzten Ansicht ausgehe, auch annehmen müsse, man erwerbe den Besitz der in einem Parke u. s. w. befindlichen Thiere schon dadurch, daß man den Besitz des Parks u. s. w. erwerbe. Ueberflüssig ist wohl die Warnung vor dem Mißverständniß, als ob ein gefangener Vogel nicht eher occupirt sey, als bis er in einen Käfig gesperrt sey. — Ueber die Auslegung der Stellen, welche von dem Falle sprechen, wenn eine bewegliche Sache vor vollendeter Usucapion mit einer andern Sache verbunden wird, ist großer Streit. Da aber die bei dem tignum junctum geltenden Singularitäten, die erst in der Lehre von dem Eigenthum ex professo vorkommen, bei Erörterung dieses Streits berücksichtigt werden müssen, so will ich sie auf die Lehre von der Usucapion verschieben.

Den animus betreffend, fragt es sich einmal, worin er bestehen müsse, und dann, wer wegen Unfähigkeit zu demselben keinen juristischen Besitz erwerben könne.

Der ersten Frage ist der §. 173 gewidmet. Sie wird jetzt gewöhnlich mit der dort angegebenen Unterscheidung beantwortet, wonach der animus domini die Regel bildet, und ein anderer animus nur ausnahmsweise in einigen Fällen hinreicht, für welche denn Savigny den Namen abgeleiteter juristischer Besitz gebraucht. Einen juristischen

Besitz der letzten Art soll nach Savigny derjenige, welcher animo creditoris pigneratitii, und derjenige, welcher animo emphyteutae besitzt, immer haben, der precario rogans wenigstens dann, wenn nicht das Gegentheil ausgemacht ist, und der sequester endlich, wenn ausdrücklich ausgemacht ist, daß nicht derjenige, der die Sache an ihn abliefert, sondern er den juristischen Besitz haben soll. Wer unter einem anderen Titel eine Sache unter Anerkennung des Eigenthums eines Andern besitzt, der soll, so lange dieses der Fall ist, durch keine Privatdisposition den juristischen Besitz erlangen können.

Diese Ansicht wurde in zwei Punkten von Thibaut [566]) immer widersprochen. Thibaut nimmt bei dem precario rogans die bloße Detention als Regel, und nur, wenn es besonders ausgemacht ist, juristischen Besitz an, gerade wie dieses bei dem Sequester ganz unbestritten der Fall ist; und dann behauptet er, so gut der precario rogans und der Sequester durch Vertrag besonders ausbedingen können, daß ihr Besitz ein juristischer seyn solle, so gut müsse dieses auch jeder andere, der in der Regel bloße Detention habe, wie z. B. der Miether, ausbedingen können. Diese Theorie fand einen neuen Vertheidiger an v. Schröter in dessen observationes juris civilis [567]), den aber, wenigstens in der ersten Beziehung, Unterholzner [568]) zu widerlegen suchte.

Auch der Satz, daß der juristische Besitz regelmäßig einen animus domini erfordere, und ausnahmsweise jure singulari in einigen Fällen ohne denselben vorkomme, wird jetzt angegriffen, auf der einen Seite von Schröter [569]), welcher behauptet, mit jedem Interdictsbesitz, auch mit dem sogenannten abgeleiteten, sey ein animus domini verbunden, auf der andern Seite von Guyet [570]) und Warnkönig [571]),

---

566) Besitz und Verjährung §. 9. Pandekten-System §. 295. Braun zu diesem §.

567) Wening Note ii und iii.

518) Tüb. crit. Zeitschrift für Rechtswiss. B. 4. S. 383 — 385.

569) Wening Note f.

570) Wening Note ff.

571) Archiv für die civ. Praxis B. 13. H. 2. N. 9.

welche den animus domini nicht regelmäßig verlangen, sondern einen animus zu bezeichnen suchen, der überall verlangt werde, und wovon der animus domini, so wie die verschiedenen Arten von animus, welche bei den verschiedenen Fällen des s. g. abgeleiteten Besitzes vorkommen, nur als besondere Arten erscheinen.

Bei dieser Gelegenheit sucht Warnkönig auch zu zeigen, daß man nach den Quellen keinen hinreichenden Grund habe, demjenigen, welcher animo emphyteutae besitzt, einen juristischen Besitz zuzuschreiben, wenn man die Annahme des s. g. abgeleiteten Besitzes als jus singulare behandle. Auf der andern Seite wollen Du Roi, Unterholzner und Schröter auch Demjenigen, welcher animo superficiarii besitzt, einen juristischen Besitz an der körperlichen Sache zuschreiben, während ihm Savigny nur Detention an der Sache, daneben aber eine quasipossessio juris, zuschreibt [572]).

Ich werde auf den Besitz der Superficies unten in der Lehre von der Superficies selbst zurück kommen. — Für einen juristischen Besitz an der Emphyteuse läßt sich nur eine speciell redende Stelle anführen, nämlich das citirte fr. 15., wonach der Emphyteuta das Eigenthum der Früchte schon durch bloße Separation erwirbt. Das citirte fr. 25. erklärt freilich denjenigen, qui agrum vectigalem i. e. emphyteuticarium possidet, ausdrücklich für einen possessor. Dadurch soll aber nur gesagt werden, daß er als ein mit Immobilien Begüterter von gerichtlichen Cautionen frei sey; und dieses wird in demselben Fragment auch von Personen gesagt, die anerkannt keinen juristischen Besitz haben, z. B. von der Ehefrau, deren Mann einen fundus dotalis hat [573]), und von Jedem, der Immobilien vindiciren kann [574]), und auf der

[572]) Wening Note h.

[573]) fr 25. cit. §. 3.

[574]) fr. 25. cit. §. 4.

anderen Seite wird von dem Faustpfandgläubiger, dessen Besitz doch anerkannt ein juristischer ist, in dieser Beziehung gesagt: „possessor non est.“ [575]). — Was den Besitz des Precisten betrifft, so möchte dieser im Zweifel als juristischer Besitz anzusehen seyn. Dafür scheinen mir folgende Aussprüche der Pandekten entscheidend: Erstens der Ausspruch: „Meminisse autem nos oportet, eum, qui precario habet, etiam possidere“ [576]), der so allgemein lautet, daß die Erklärung von Schröter, wonach man den Fall voraussetzen müßte, daß ausdrücklich um juristischen Besitz gebeten worden, als höchst unnatürlich erscheint. Zweitens der Ausspruch, daß derjenige, welcher einen anderen dejicirt, und nachher „ab eodem precario rogat,“ von diesem Augenblicke an nicht mehr vi, sondern precario juristisch besitze [577]). Die Erklärung, wonach hier der juristische Besitz deswegen angenommen werden soll, weil der precario rogans schon vorher als Dejicient im juristischen Besitze gewesen, scheint mir auch unnatürlich. Wenn auch etwa die Stelle [578]), wonach bei einer stillschweigenden Fortsetzung eines Precariums wieder juristischer Besitz angenommen werden soll, mit der Bemerkung entfernt werden mag, daß hier der frühere Besitz ein juristischer gewesen, und das ganze bisherige Verhältniß stillschweigend fortgesetzt werde, so paßt deswegen eine solche Erklärung noch nicht für unsere Stelle, die von einem Falle spricht, wo durch eine Uebereinkunft nicht ein Verhältniß erneuert, sondern an die Stelle eines widerrechtlichen Verhältnisses ein rechtliches gesetzt wird. Wenn der Dejicient von dem Dejicirten und einem Dritten zum Sequester bestellt würde, und dieses annähme, so würde gewiß Niemand daran denken, daß er auch ohne besondere Clausel den juristischen Besitz behalten solle. Drittens scheinen

---

575) fr. 25. cit. §. 2.

576) fr. 4. §. 1. D. de prec. (43. 26.).

577) fr. 6. §. 3. D. de prec. (43. 26.).

578) fr. 4. §. 4. D. de prec. (43. 26.).

mir endlich die Stellen [579]) entscheidend, welche von dem Falle sprechen, wenn ich eine Sache successive oder gleichzeitig derselben Person precario gebe und vermiethe. Ich meine, deutlicher als diese Stellen könne man nicht voraussetzen, daß das precarium im Zweifel juristischen Besitz gebe, der Miethcontract aber nur Detention. Gegen diese Stellen scheinen mir die Stellen, auf welche sich Schröter beruft, nichts zu beweisen. Nur muß man bedenken, daß es sich hier nur um dasjenige precarium handelt, wodurch Jemand eine Sache ganz aus seinen Händen gibt, nicht auch um dasjenige, wodurch Jemand blos die Erlaubniß erhält, sich auf dem Grund und Boden eines andern aufzuhalten, oder Servituten factisch auszuüben [580]). Diese Fälle, so wie diejenigen, wo zwar die Sache aus den Händen gegeben, aber besonders ausgemacht wird, daß der Empfänger nur Detentor seyn soll, mußte der römische Jurist, der eine Definition von dem precarium überhaupt geben wollte [581]), auch mit ins Auge fassen, und deswegen sagte er nicht: quod precibus possidendum conceditur quamdiu etc., sondern er wählte dafür sehr passend den allgemeinen Ausdruck: utendum, worauf Schröter so viel Gewicht legt. Unrichtig ist es auch, wenn Schröter behauptet, die Stelle [582]), welche die precaria possessio für eine naturalis possessio erklärt, erkläre sie eben dadurch ausdrücklich für eine bloße Detention. Wir haben oben gesehen, daß der Ausdruck naturalis possessio auch in einem weiteren Sinne gebraucht wird.

Für die Behauptung, daß ein Miether, ein Commodatar, und andere Personen, denen die Quellen keinen juristischen Besitz, sondern nur Detention zuschreiben, durch einen die Miethe u. s. w. nicht aufhebenden Vertrag zum

---

579) fr. 21. §. 3. D. de acquir. vel. amitt. poss. (41. 2.); fr. 33. §. ult. D. de usurpat. (41. 3.). Ueber die letztere Stelle insbesondere s. Unterholzner in der Tüb. Zeitschr. B. 4. S. 384.

580) Unterholzner a. a. O.

581) fr 1. pr. D. de prec. (43. 26.).

582) fr. 22. §. 1. D. de prec. (43. 26.).

juristischen Besitzer gemacht werden könne, beruft sich Schröter nicht auf ausdrückliche Stellen, sondern nur darauf, daß nirgends das klare Gegentheil stehe [583]), und darauf, daß es ja einen Fall der Miethe gebe, der so modificirt sey, daß der Miether, auch ohne daß es besonders ausgemacht werde, keine bloße Detention, sondern den juristischen Besitz an der Sache erwerbe, nämlich die Emphyteuse. Auf das letzte Argument möchte zu erwiedern seyn: die Emphyteuse sey unter den besonderen Schutz der Gesetze gestellt, und der Vertrag, wodurch sie verabredet werden kann, nicht für eine Miethe, sondern für ein Mittelding zwischen Kauf und Miethe erklärt, auch sey selbst der juristische Besitz des Emphyteuta nicht ganz außer Zweifel. Aber abgesehen von diesem Argument wird hier vieles oder alles auf die oben erwähnte Streitfrage ankommen, ob es über den zum Interdictsbesitz erforderlichen animus ein allgemein anwendbares Princip gebe, und welches. Ueber diese Frage muß ich aber mein Urtheil noch suspendiren.

Von den Personen, die wegen Unfähigkeit zu dem erforderlichen animus keinen juristischen Besitz in eigener Person erwerben können, redet der §. 209. — Von den Kindern sagt die citirte Pandektenstelle: sie können tutore auctore juristisch zu besitzen anfangen, dieses sey utilitatis causa angenommen; und dann gibt sie den Grund etwas undeutlich an. Der wahre Sinn dieser Stelle ist wohl der von Savigny angegebene: obgleich der infans noch gar keine Willensfähigkeit hat und deswegen sonst von der tutoris auctoritas, die als Ergänzung einer unvollständigen Willensäußerung anzusehen, bei ihm keine Rede ist, so ist doch der Satz angenommen, daß die Erwerbung des juristischen Besitzes durch den infans selbst vor sich gehen könne, wenn der Vormund den gehörigen animus habe; denn hätte man den fehlenden animus des Kindes als Hinderniß ansehen wollen, so hätte

[583]) Namentlich auch nicht in fr. 10. pr. fr. 19. fr. 21. §. 3. D. de acquir. vel amitt. poss. (41. 2.), welche Stellen er nur von dem Falle versteht, wenn nichts besonders ausgemacht ist.

man, um consequent zu seyn, dasselbe thun müssen, wenn von Erwerbung des Besitzes durch den Vormund die Rede ist. Und dies möchte auch der Sinn der angeführten Constitution von Decius seyn. Freilich wird hier der Zustimmung des Tutors nicht erwähnt, auch werden als Gegenstand nur geschenkte Sachen genannt; und deswegen behaupten manche Juristen, der infans könne nach dieser Stelle auch ohne den Vormund Besitz erwerben, und einige von diesen beschränken dieses auf geschenkte Sachen oder gar auf Spielsachen. Allein die oben bezeichnete ratio wird hier ganz deutlich angegeben, diese paßt aber nur für die in den Pandekten enthaltene Bestimmung, und hier ohne Unterschied zwischen Schenkungen und anderen Fällen; und dazu kommt noch, daß die inscriptio der Pandektenstelle nach Alciatus in Vulgatmanuscripten dieselben responsa Papiniani als Quellen derselben bezeichnet, auf welche sich die Constitution beruft. Daß der infans ohne Vormund keinen Besitz in eigener Person erwerben kann, möchte auch bestätigt werden durch die citirte c. 26. von Constantin, worin von einer Schenkung von Immobilien gesagt wird, sie solle von einem tauglichen Sclaven des Kindes angenommen, und durch diesen sollen die gesetzlichen Förmlichkeiten vorgenommen werden. — Nicht so beistimmen kann ich der Ansicht von Savigny und Wening über die Besitzerwerbung von Seiten der impuberes infantia majores. Die angeführte Pandektenstelle von Paulus spricht für diese Ansicht; aber die oben erwähnte Stelle von Papinianus [584]) sagt: nachdem sie von dem infans geredet, ohne weitere Unterscheidung: „pupillus autem etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest;“ und eine Stelle von Gajus [585]) sagt ebenfalls von dem eigentlichen pupillus: „adquirere autem sibi stipulando et per traditionem accipiendo etiam sine tutoris auctoritate potest.“ Ich kann nicht zugeben, daß diese Stellen unbestimmt

584) fr. 32. § 2. D. de aquir. vel amitt. poss. (41. 2).

585) fr. 9. pr. D. de auct. et consensu tut. (26. 8.).

seyen, wie Savigny behauptet. Die eine Stelle, worauf sich Savigny beruft, steht also mit zwei andern Pandektenstellen in offenbarem Widerspruch; und es fragt sich: welche verdient den Vorzug? Es scheint mir, darüber gebe uns die citirte Institutionenstelle Aufschluß. Hieraus ersieht man nämlich, daß die römischen Juristen die Erwerbung von Obligationen durch Stipulationen ohne tutoris auctoritas dem Pupillen früher nur dann gestatteten, wenn er „jam habet aliquem intellectum", wenn er nicht mehr infantiae, sondern pubertati proximus ist, daß aber durch eine benignior juris interpretatio der infantiae proximus dem pubertati proximus in dieser Beziehung gleichgestellt wurde. Hiernach möchten die widersprechenden Stellen über den Erwerb des Besitzes folgendermaßen zu nehmen seyn. Aus der einen ersieht man, daß man nach der Strenge dieselbe Unterscheidung machen zu müssen glaubte, wie bei der Stipulation; aus den andern aber geht hervor, daß hier, wie bei der Stipulation, die benignior juris interpretatio angenommen wurde, wonach jene Unterscheidung wegfällt. Warum sollte man auch bei dem Erwerb des Besitzes strenger seyn, als bei dem Erwerb von Forderungen durch Stipulationen? Ist man ja in Beziehung auf den infans, wie wir oben sahen, umgekehrt hier strenger als dort. Savigny legt besonderes Gewicht auf die citirte c. 26. von Constantin. Ich will mich nicht auf die Frage einlassen, was diese Stelle für die Personen verordnet, von denen sie spricht. So viel scheint mir gewiß, daß sie von den infantia majores nicht spricht, also nicht hierher gehört. Im Eingang heißt es freilich: „prius quam fari possit, aut habere rei, quae sibi donatur, affectum"; und man wird durch die letzten Worte, verglichen mit den so eben erörterten Stellen aus den Institutionen und den Pandekten, zweifelhaft, ob nicht neben dem infans auch noch der infantiae proximus gemeint sey. Dieser Zweifel wird aber gehoben durch die Schlußworte der Constitution: „ut per eum infanti acquiratur." Diese Worte zeigen, daß im Eingang nur der infans durch Umschreibung bezeichnet werden soll.

b) Ueber den Besitzerwerb durch Stellvertreter wird das Allgemeine im §. 175 angegeben. — Wenn hier Wening unter I. dem Mündel eine juristische Gewalt über den Vormund zuschreibt, so ist dies offenbar ein bloßes Versehen; und eben so, wenn er unter III. von einem Erwerb des Sohns durch den Vater ex causa peculii spricht, statt umgekehrt von einem Erwerb des Vaters durch den Sohn zu sprechen. — Den Satz der Note x werde ich unten gegen die Einwendung von Thibaut zu vertheidigen suchen.

Von dem s. g. constitutum possessorium insbesondere, das aber durchaus nicht als etwas Singuläres angesehen werden darf, handelt der §. 176. Was hier von der societas universorum bonorum gesagt wird, das gilt nur in Beziehung auf die Sachen, welche die socii zur Zeit der Eingehung der Societät haben; was sie erst später erwerben, das muß besonders tradirt werden [586]).

6) Verlust des Besitzes.

Das hier herrschende Princip wird im §. 177 richtig angegeben. Die Schwierigkeit, welche die zwei letzten Stellen der Note f machen, nach welchen man denken sollte, es müsse ein animus contrarius und die Unmöglichkeit der Besitzhandlungen zusammen kommen, hebt sich, wenn man nicht auf utrumque, sondern auf in contrarium den Nachdruck legt. Dies thut mit den angeführten Schriftstellern auch Thibaut [587]).

Das Specielle über das Aufhören des juristischen Besitzes, den man selbst ausübt, wird in den §§. 178 und 179 abgehandelt, und zwar ist dort von dem Verlust durch animus contrarius, und hier von dem Verlust durch factum contrarium die Rede.

---

[586]) Note b. fr. 74. D. pro socio (17. 2.). Wening B. III. §. 177. Note n.

[587]) Braun zu Thibauts Pandekten-System §. 305.

Ueber den **animus contrarius** habe ich nichts beizufügen; jedoch muß man bei der Note g statt „gerichtlich" lesen „gerichtet."

Von den **facta contraria**, die Wening anführt, gehört das unter 7 angeführte eigentlich zu den Fällen unter 5, und hätte deswegen schon in der Lehre von der Erwerbung des Besitzes angegeben werden können. — Sehr zweifelhaft ist die unter 6 besprochene Frage, inwiefern man den Besitz durch Verlassen der Sache aus Furcht verliere. Cujacius wollte die widersprechenden Stellen dadurch vereinigen, daß er zwischen gegenwärtiger und zukünftiger Gefahr unterschied; Hufeland wollte die Stellen, welche gegen den Verlust des Besitzes zu sprechen scheinen, nicht hiervon, sondern blos dahin verstehen, daß man nicht als **vi dejectus** anzusehen sey; Savigny war früher für die Cujacische, jetzt ist er für die Hufeland'sche Erklärung; Zimmern war gegen den Verlust des Besitzes, weil Ulpian, ein späterer Schriftsteller als sein Gegner Julian, dagegen sey; Thibaut [588]) endlich will unterscheiden, ob man vor einem Einzelnen oder vor einer **turba** geflohen ist. Aber keiner dieser Ansichten beruht auf unwiderleglichen Gründen. — Zu dem unter 3 besprochenen Verlust des Besitzes einer beweglichen Sache durch Verlieren ist erforderlich, daß man den Ort, wo sie sich befindet, nicht weiß, und (nicht oder) sie auch nicht in besonderem Gewahrsam hat. — Unter 2 sollte es heißen: „das Gelangen zu der Sache," nicht: „das Gelingen der Sache."

Wie das Princip des §. 177 zur Anwendung kommt, wenn der juristische Besitz durch einen Repräsentanten ausgeübt wird, darüber s. §. 180. — Nur eine Frage ist hier streitig, nämlich die Frage: bezieht sich die citirte c. 12. von Justinian, wonach der Besitz durch treuloses oder nachläßiges Aufgeben von Seiten des Repräsentanten nicht verloren gehen soll, nur auf den Fall der Dereliction, oder auch auf den der Tradition? Wening behauptet mit Hufeland

588) Braun zu Thibauts Pandekten-System §. 305.

und Thibaut [589]) das Erstere, Savigny dagegen das Letztere. Es kommt natürlich auf die Worte der Verordnung an. Da diese aber Zweifel zulassen, und Justinian nur eine alte Streitfrage entscheiden will, so streitet man auch darüber, ob die classischen Juristen über beide Fälle, oder nur über einen verschiedener Ansicht waren, und über welchen. Es möchte nun keinen Zweifel erleiden, daß die bloße Dereliction nach den meisten Pandektenstellen, so lange nicht ein anderer die Sache occupirt hat, wirkungslos seyn, nach dem citirten fr. 40. aber den Verlust des Besitzes bewirken soll. Von der Tradition sagt das citirte fr. 33. deutlich, daß durch sie der juristische Besitz verloren gehe. Die gegentheilige Ansicht will Savigny in einer anderen Pandektenstelle [590]) finden, nämlich in der auf einige specielle Aussprüche folgenden allgemeinen Aeußerung: „Nam constat, possidere nos, donec aut nostra voluntate discesserimus, aut vi dejecti fuerimus.“ Diese Stelle möchte aber schon deswegen nichts beweisen, weil man mit demselben Rechte auch noch über eine Reihe von anderen Punkten Ansichten ihres Urhebers daraus deduciren könnte, die mit dem, was in anderen Stellen als ganz unbezweifelt angegeben wird, im Widerspruch stehen würden. Und welche Vorwürfe würde Justinian mit seinen Gehülfen verdienen, wenn er eine Streitfrage so entschiede, daß man aus der Verordnung nicht klar ersehen könnte, ob sie entschieden ist oder nicht, und dann in die Pandekten die verworfene Ansicht deutlich ausgesprochen aufnehmen ließe, die gebilligte aber so, daß man sie nur durch die gewagteste Argumentation herausfinden könnte! Unter diesen Umständen möchten Diejenigen das Meiste für sich haben, welche sagen: Es ist gewiß, daß der Fall der Dereliction bestritten war, dagegen haben wir keinen Grund anzunehmen, daß über die Tradition, deren Wirksamkeit in den Pandekten anerkannt wird, Streit gewesen

---

589) Pandekten-System §. 307. Braun zu diesem §.

590) fr. 3. §. 9. de acquir. vel amitt. poss. (41. 2.).

wäre; deswegen dürfen denn auch in der Verordnung, welche sich als Entscheidung einer alten Streitfrage ankündigt, die Worte: „corporaliter nactam possessionem . . . . alii prodiderit ...... ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere," nur auf das einseitige Aufgeben bezogen werden, zumal da auch die Natur der Sache und die Analogie der Besitzaneignung von Seiten des Repräsentanten selbst für die Wirksamkeit der Tradition spricht. Savigny beruft sich freilich auch noch auf folgende Worte der Constitution: „sancimus, ut dominus nullo modo aliquod discrimen sustineat ab his, quos transmiserit." Allein hier ist nicht auf die Worte nullo modo der Nachdruck zu legen, sondern auf die Worte aliquod discrimen. Die angeführten Worte stehen nämlich mitten in einer ausführlichen Bestimmung, welche dahin geht: man solle diese Constitution nicht auf den Fall beziehen, wenn ein mit der Ergreifung des Besitzes beauftragtes Individuum den Auftrag nicht befolgt, es sey in derselben nur von dem Verlust des Besitzes durch den Repräsentanten und nicht von dem unterlassenen Erwerb, es sey nur von dem Schaden die Rede, den er dem Repräsentirten zufügt, nicht auch von dem Gewinne, den er zu machen versäumt. Auch würden die abgedruckten Worte, wenn man auf nullo modo den Nachdruck legte, viel mehr beweisen, als Savigny damit beweisen will. Sie würden namentlich auch beweisen, daß der Repräsentant sich den juristischen Besitz nicht selbst aneignen könne!

7) Von der quasipossessio.

Es ist streitig, in welchen Fällen das römische Recht eine quasipossessio juris statuirt; und es ist eben so streitig, auf welche andere Fälle das canonische Recht sie ausdehnt.

Das römische Recht statuirt sie unbestritten bei den Servituten. Savigny behauptet, auch bei der Superficies. Diese Behauptung wird von Anderen be-

stritten [591]). Ob mit Recht, werden wir unten in der Lehre von der Superficies sehen. Jedenfalls muß man neben der quasipossessio servitutum noch eine juris quasipossessio annehmen, nämlich die des Erbrechts. Dieses zeigt sich in der alten lucrativa usucapio pro herede, welche ursprünglich das Erbrecht selbst zum Gegenstand hatte [592]), und darin, daß diejenigen, welche, ohne körperliche Erbschaftssachen zu besitzen, doch im Genuß von Erbschaftsvortheilen sind, und deswegen mit der hereditatis petitio belangt werden können, in dem Corpus Juris [593]) mit dem Namen juris possessores bezeichnet werden. Ein besonderer Schutz durch Interdicte ist freilich dieser quasipossessio nicht zugesichert. Aber offenbar nur deswegen, weil derselbe, theils durch die für die vera possessio und für die servitutum quasi possessio eingeführten Interdicte, theils durch die Natur der Verhältnisse, als überflüssig erscheint.

Wenn nun das Erbrecht und die Servituten nach römischem Rechte die einzigen Gegenstände der juris quasipossessio sind, so kann man sagen: sie kommt nur bei denjenigen absoluten Rechten vor, welche die Quellen vorzugsweise als res incorporales bezeichnen, und sie gehört zu den Eigenthümlichkeiten dieser Rechte, gerade wie die mit denselben verbundenen actiones in rem (sc. incorporalem), und mehreres andere, wiewohl sie im alten Civilrecht noch nicht durchgängig angenommen wird, wie die übrigen Eigenthümlichkeiten der fraglichen Rechte.

So viel hier über den Umfang der quasipossessio juris nach römischem Rechte! Was das canonische Recht betrifft, so dehnt dieses den Begriff wohl etwas weiter aus, als Wening mit Savigny annimmt. Jedoch sind die Rechte, welche nach dem Corpus Juris Canonici als neue Gegenstände der juris quasi possessio erscheinen, auf keinen Fall solche, die den Pandekten angehören. Und so kann ich

---

591) S. oben S. 223.

592) Gaj. II. §. 52. sqq.

593) fr. 13. §. 15. fr. 16. §. 4. 7. D. de hered. pet. (5. 3.).

mich denn der schwierigen Untersuchung, wie weit das canonische Recht geht, die sehr verdient, neu angestellt zu werden, hier überheben.

II. Zeitverhältnisse.

A. Von der Zeitrechnung.

1) Ueber Tag, Monat und Jahr s. §. 182 und 185. Die Regel, daß unter einem Zeitmonat im Zweifel 30 Tage zu verstehen seyen, halten die Römer, wie der angeführte Reinfelder nachzeigt, auch fest, wenn es sich um mehrere Monate handelt. So werden namentlich unter 2 Monaten 60 Tage [594]), unter 3 Monaten 90 Tage [595]), und unter 7 Monaten 210 Tage [596]) verstanden. In der angeführten Abhandlung von Schrader wird freilich zu zeigen gesucht, daß in der Regel so viel Zwölftheile von 365 Tagen in nächsten ganzen Zahlen zu rechnen seyen, als Monate angegeben werden sollen, und daß unter 6 Monaten insbesondere 182 Tage zu verstehen seyen. Allein die Schrader'sche Regel steht mit den bereits citirten Stellen, denen man es ansieht, daß sie ihren Sprachgebrauch als den regelmäßigen ansehen, in Widerspruch, und stützt sich hauptsächlich auf eine Pandektenstelle [597]), die mit unserer Ansicht ganz harmonirt, wenn man, aus den von Reinfelder angegebenen wichtigen Gründen, hinter sexagesimo das Wort primo, mit den Basiliken und manchen Handschriften der Pandekten, wegläßt [598]). Was man von 182 Tagen insbesondere sagen kann, das reducirt sich darauf, daß die Römer annehmen, ein perfectus partus

---

594) fr, 28. 31. cit.

595) c. 22. cit.

596) Censorinus de die natali c. 9.

597) fr. 101. cit.

598) Thut man dieses, so ist der Sinn des fr. 101. derselbe, wie der des fr. 30. §. 1. D. ad leg. Jul. de adult. coerc. (48. 5.). — Die cit. c. 5., worin für 93 Tage der Ausdruck 3 Monate gebraucht wird, paßt auch nicht unter Schraders Regel. Sie erklärt sich daraus, daß schon früher die fragliche Frist auf 93 Tage bestimmt war, wofür denn Justinian jenen Ausdruck wohl gebrauchen konnte, da es ja Kalendermonate gibt, die aus 31 Tagen bestehen.

könne am 182sten Tage nach der Conception geboren seyn, und daß sie dieses auch mit den Worten ausdrücken: septimo mense perfectum partum nasci [599]). In diesem Sprachgebrauch wird feilich der 181ste Tag noch zum 6ten Monat gezählt, während er nach unserer Regel zum 7ten gezählt werden sollte. Allein dieser Sprachgebrauch rührt, wie der Satz selbst, von Hippocrates her, und man kann daher aus ihm nicht ersehen, wie viele Tage die Römer im Allgemeinen mit dem Ausdruck 6 Monate bezeichnen.

2) Ueber continuum und utile tempus s. §. 183. Ganz richtig ist es, wenn Wening gegen den gewöhnlichen Sprachgebrauch behauptet, das sogenannte tempus utile ratione initii et continuum ratione cursus werde in den Quellen nie als eine Art von utile, sondern immer als continuum tempus bezeichnet. Aber noch auffallender als der angeführte neuere Sprachgebrauch ist es, wenn unsere Juristen von einem tempus continuum ratione initii et utile ratione cursus sprechen. Nicht blos dieser Ausdruck ist den Römern unbekannt, sondern auch die Zeitberechnung, die dadurch bezeichnet werden soll. Es wäre ja widersprechend, wenn man sagen wollte, die Frist solle sofort ohne Rücksicht auf Hinderungen laufen, dann aber jeder Moment der Hinderung abgerechnet werden. Demungeachtet hat man behauptet, das römische Recht ordne eine solche Berechnung an für die Verjährungszeit der ädilitischen Klagen. Allein die Stelle [600]), worauf sich Glück beruft, erklärt diese Zeit für ein gewöhnliches utile tempus, und folgert aus dieser Eigenschaft, daß die Zeit nicht mitzurechnen sey, wo der Käufer die verborgenen Fehler des fugitivus noch nicht kannte; nur setzt sie hinzu: „non ideirco tamen dissolutam ignorationem emtoris excusari oportebit." Und die Stellen [601]), auf die sich Haubold stützt, sagen nur: das tempus utile laufe vom

---

[599]) fr. 12. cit. verglichen mit fr. 3. cit.

[600]) fr. 55. D. de aedil. edicto (21. 1.).

[601]) fr. 19. §. ult. fr. 20. D. de aedil. ed. (21. 1.); c. 2. C. de aed. ed. (4. 58.).

Tage des Kaufs an, und beziehungsweise von dem Tage an, quo dictum promissumve quid est. Eine dissoluta ignoratio ist aber bei keinem utile tempus zu berücksichtigen, und der Sprachgebrauch, auf den sich Haubold beruft, könnte bei jedem utile tempus im römischen Sinne, d. h. bei jedem s. g. tempus utile ratione initii et cursus, gebraucht werden — von dem für die agnitio bonorum possessionis gesetzten utile tempus könnte man z. B. sagen, es laufe von dem Tage der Delation an — er sagt nämlich nur: von diesem Ereigniß an werden alle Tage gezählt, die wirklich utiles, d. h. brauchbar sind, die Tage, „quibus scierit poteritque." Man hat ferner behauptet [602]), bei der bonorum possessio komme etwas der angegebenen Art vor. Allein die Stelle [603]), die dieses sagen soll, beweißt nur, daß bei einer utiliter zu berechnenden Zeit der Fall vorkommen kann, daß die ersten Tage nach dem fraglichen Ereigniß, z. B. hier nach der Delation der B. P., gezählt werden, weil sie wirklich utiles sind, gewisse spätere Tage aber nicht gezählt werden, weil sie nicht wirklich utiles sind, weil man z. B. durch eine neu angekommene falsche Nachricht zu dem entschuldbaren Irrthum verleitet wurde, der Erblasser lebe noch.

3) Ueber die naturalis und die civilis computatio s. §. 184.

Hier sind mehrere Fragen streitig, namentlich folgende:

a) Worin besteht die civilis computatio? Löhr hat in der angeführten Abhandlung, und Reinfelder kurze Zeit nachher, wohl unabhängig von Löhr, in der citirten Schrift, durch scharfsinnige Zusammenstellung der einschläglichen Stellen bewiesen, daß die Römer unter civilis computatio nie etwas anderes verstehen, als dasjenige, was Wening für eine in drei Fällen eintretende, von der gewöhnlichen Civilcomputation abweichende, Singularität ansieht. Diese Berechnung tritt namentlich auch bei der Usu-

[602]) Haubold l. c. Muehlenbruch D. P. Vol. I. §. 86. not. 8.

[603]) fr. 2. pr. D. quis ordo in poss. serv. (38. 15.).

capion[604]) ein. Freilich scheint eine Stelle von Gellius[605]), worin die Ansicht des Quintus Mucius Scävola über die zur Begründung der manus durch usus erforderliche Zeit referirt wird, von dem Princip auszugehen, welches Wening und Schweppe für regelmäßig entscheidend erklären. Bei einem am 1. Januar angefangenen ehelichen Zusammenleben soll es nämlich ante diem quartum kalend. Januarias zu spät seyn, um noch durch die gesetzlich entscheidende Abwesenheit von drei Nächten (trinoctium) die Entstehung der manus zu verhindern, weil hier in der Mitte der dritten Nacht das Jahr schon beendigt sey. Allein vielleicht bedeutet hier ante quartum diem so viel als quinto die, also nicht den 29sten, sondern den 28sten December; und auf keinen Fall steht die hier mitgetheilte Ansicht eines Juristen aus der republikanischen Zeit der angegebenen Auslegung der Pandektenstellen, die größtentheils von Paulus herrühren, im Wege.

b) Für welche Computation streitet die Vermuthung? Aeltere Schriftsteller, welche diesen Punkt berühren, namentlich Höpfner, nehmen an, wenn der Ablauf der Zeit vortheilhaft sey, werde civiliter, wenn er aber nachtheilig sey, werde naturaliter gerechnet. Glück[606]), Thibaut[607]) und Andere lassen für die naturalis computatio allgemein die Vermuthung streiten. Schweppe will für diejenige civilis computatio präsumirt haben, die er und mit ihm Wening für die regelmäßige hält. Löhr zeigt, daß Schweppes Argumente nichts beweisen. Schweppe beruft sich nämlich hauptsächlich auf vier Pandektenstellen. Von diesen sagt die eine, die von processualischen Handlungen spricht, welche an kurze Fristen gebunden sind, weiter nichts, als es sey einerlei, an welcher Stunde des Kalendertags man sie vornehme. Die zweite[608]) sagt von einer gewissen

---

604) Vgl. fr. 6. 7. D. de usurp. (41. 3.); fr. 15. pr. D. de div. temp. (44. 3.). Zu diesen Stellen fügt Reinfelder noch fr. 12. §. 5. D. de Publ. in rem act. (6. 2.), welches zu erläutern ist aus fr. 134. D. de V. S. (50. 16.).

605) Noct. Att. III. 2.

606) Comment. §. 269b.

607) Pandekten-System §. 129.

608) fr. 30. §. 1. D. ad leg. Jul. de adult. coerc. (48. 5.). Die erste ist: fr. 8. D. de feriis et dilat. (2. 12.).

60tägigen Frist: „Sexaginta dies a divortio numerantur.“ Wie man diese Stelle als Beweis dafür ansehen kann, daß der Kalendertag des Ereignisses mitgezählt werden müsse, ist schwer einzusehen. Eben so steht es mit der dritten Stelle [609]), welche sagt: „Biduum vel triduum appellationis ex die sententiae latae computandum est;“ und mit der vierten [610]), welche an die Vorschrift erinnert: „ut vel altero die vel tertio provocetur.“ — Wenn aber auch Schweppes Gründe für die Ansicht, daß die civilis computatio, und namentlich das, was er sich unter diesem Ausdrucke mit Unrecht denkt, die Präsumtion für sich habe, sich als unhaltbar darstellen, so ist dadurch doch noch nicht ausgemacht, daß die naturalis computatio die Vermuthung allgemein für sich habe, wie Wening jetzt annimmt. Der Umstand, daß von den Pandektenstellen, welche für einzelne Fälle die civilis computatio, in dem Sinne, wie sie v. Löhr und Reinfelder verstehen, für anwendbar erklären, sich keine einzige auf eine besondere Vorschrift beruft, möchte beweisen, daß diese Berechnungsart sich bei einer gewissen Klasse von Fällen von selbst verstehe. Aber welche ist diese Klasse von Fällen? Diese Frage bedarf noch einer ernstlichen Untersuchung. Jedenfalls umfaßt sie die tempora utilia nicht, indem sich die civilis computatio, wie bereits Unterholzner, v. Löhr und Reinfelder bemerkt haben, mit dem Begriffe von utile tempus nicht verträgt. Ferner ist nach einer Pandektenstelle [611]) dasjenige Alter auszunehmen, von welchem ein Gesetz sagt, nur demjenigen, welcher major sey, solle dieses oder jenes erlaubt seyn. Aus diesem letzteren Satze darf man aber nicht folgern, daß der Ausdruck minor immer eine civilis computatio herbeiführe. Dieser Annahme widerspricht die Auslegung der Stelle des prätorischen Edicts, welche gegen das, was von dem minor XXV annis geschieht, unter

609) fr. 1. §. 5. D. quando appellandum sit et intra quae tempora (49. 4.).

610) fr. 1. cit. §. 6.

611) fr. 1. D. de manumissionib. (40. 1.).

Umständen in integrum restitutio verspricht[612]). Die Stelle, welche diese Auslegung enthält, ist, meines Wissens, die einzige, welche auf dem Wege der bloßen Auslegung von einem einzelnen tempus continuum mit Bestimmtheit sagt, es sey naturaliter zu berechnen. Denn die Stellen[613]), welche es von dem Alter zu sagen scheinen, vor dem man keinen Sclaven freilassen kann, sagen es höchstens von dem, zu der letztwilligen Freilassung nach einer Verordnung Justinians vorübergehend erforderlich gewesenen, Alter von siebzehn Jahren[614]), selbst hier sagen sie es nicht deutlich, und die Worte, die man so auslegt, enthalten jedenfalls eine ausdrückliche Bestimmung des Gesetzgebers; auch sind die Stellen über das zum Advociren erforderliche 17jährige Alter[615]) und über die zur Ehe erforderliche Mündigkeit[616]) nicht ganz deutlich. Uebrigens möchte aus einigen Stellen[617]) zu entnehmen seyn, daß jede Frist, binnen welcher man eine gewisse Handlung vornehmen muß, wenn man das Recht dazu nicht verlieren will, im Zweifel naturaliter zu berechnen sey. Ob sich diese Regel auf Handlungen beschränkt, die nicht zu allen Tageszeiten vorgenommen werden können, wie Reinfelder annimmt, mag noch dahin gestellt seyn. Eben so die Frage, ob und in welchem Sinne es wahr ist, wenn Reinfelder behauptet, nur im Kreise des reinen Civilrechts sey die Civilcomputation anwendbar.

---

612) Die Stelle des prätorischen Edicts findet sich in fr. 1. §. 1. und die Auslegung in fr. 1. §. 3. D. de minorib. XXV. annis (4. 4.).

613) §. ult. J. quib. ex causis manumittere non lic. (1. 6.) v. „decimum septimum annum impleverit et decimum octavum attigerit." Theoph. ad h. l.

614) Daß sie es von dem 20jährigen Alter nicht sagen, worauf es nach der lex Aelia Sentia immer, und seit der erwähnten Verordnung von Justinian noch bei Freilassungen unter Lebenden ankam, ersieht man aus fr. 1. D. de manumiss. (40. 1.); und von der Mündigkeit, auf die es seit der Nov. 119. c. 2. ankommt, sagt bekanntlich fr. 5. D. qui testam. fac. poss. (28. 1.) das Gegentheil.

615) fr. 1. §. 3. D. de postulando (3. 1.). Theophil. ad §. ult. J. quib. ex caus. manumittere non lic. (1. 6.).

616) Theoph. ad pr. J. de nupt. (1. 10.); fr. 4. D. de R. N. (23. 2.); c. 24. C. de nupt. (5. 4.).

617) fr. 30. §. 1. D. ad leg. Jul. de adult. (48. 5.); fr. 101. D. de R. J. (50. 17.).

B. Von der unvordenklichen Zeit.

1) Von der Natur und den Wirkungen, zugleich aber auch von dem Gebiete der unvordenklichen Verjährung, handelt der §. 186.

Die beiden ersten Gegenstände betreffend, halte ich Wenings Ansicht in einem Punkte für unrichtig. Ich finde nämlich mit Unterholzner und Pfeiffer in den citirten Stellen keine Spur davon, daß die unvordenkliche Verjährung nur eine Präsumtion für die Existenz eines Titels begründen soll. Sie ist vielmehr nach jenen Stellen selbst ein Titel, oder soll mit anderen Worten einen Titel suppliren.

Das Gebiet, in welchem unser Institut anzuwenden ist, ist, wenn wir uns an die Quellen des gemeinen geschriebenen Rechts halten, theils weiter, theils enger, als es Wening darstellt. Weiter ist es insofern, als nicht blos Rechte, sondern auch Freiheiten von Lasten, Immunitäten [618], durch eine solche Verjährung begründet werden können, so daß diese Verjährung nicht blos als Acquisitiv-, sondern auch als Extinctivverjährung vorkommt. Wening will dieses wohl nicht in Abrede stellen. Er will wohl mit dem Ausdruck Rechte auch die Freiheiten bezeichnen. Das Gebiet ist aber auch enger [619], als es Wening angibt. a) Die angeführten Stellen des römischen Rechts statuiren die unvordenkliche Verjährung nur gegen die actio aquae pluviae arcendae. b) Von den beiden citirten canonischen Stellen statuirt sie die erste nur zur Erwerbung derjenigen Hoheitsrechte, die ohne Verletzung der Verfassung übertragen werden können, und die zweite zur Erwerbung von bischöflichen Rechten in fremdem Sprengel, wo ihr übrigens der justo titulo angefangene 40jährige Besitz gleich

---

618) S. die cit. Reichsgesetze.

619) Unterholzner a. a. O. §. 140—147.

stehen soll. c) Die angeführten Reichsgesetze endlich beweisen nur, daß Freiheit von öffentlichen Lasten auf diesem Wege begründet werden kann. Eine Stelle der goldnen Bulle [619]) und zwei Stellen des westphälischen Friedens [620]), die man gewöhnlich auch anführt, gehören nicht hierher. Die goldne Bulle nämlich gibt den unvordenklichen Besitz nicht als Rechtsgrund an, sondern sie verleiht erst ein Recht, das vorher unvordenkliche Zeit hindurch besessen, auch mehrmals von dem Kaiser besonders verliehen worden; und im westphälischen Frieden wird eine Vereinbarung dahin getroffen, daß die vorher unvordenkliche Zeit hindurch besessenen Pfandschaften nicht sollen restituirt werden müssen, und daß dem sächsischen Hause an der Abtey Hirschfeld die a tempore immemoriali ausgeübten Rechte vorbehalten werden sollen.

2) Von den Erfordernissen dieser Verjährung handelt der §. 187. Unter den Quellen unserer Lehre sprechen sich nur die in der Note n citirten römischen Stellen hierüber näher aus. Diese reden von einem unvordenklichen opus, und sagen, es müsse Niemand unter den jetzt lebenden Menschen wahrgenommen oder gehört haben, daß, und wann ungefähr das Werk zu ihrer Zeit entstanden sey, noch von der vorigen Generation gehört haben, daß, und wann ungefähr es zu ihrer Zeit oder nach der Ueberlieferung Anderer vor ihrer Zeit entstanden sey. Es ist also nicht ganz richtig, wenn Wening sagt, die unvordenkliche Zeit umfasse nur die bestehende und die vorige Generation. Auch steht mit dieser Behauptung die richtige Aeußerung in Widerspruch, daß ein ungültiger Titel, den man kenne, die unvordenkliche Verjährung unmöglich mache.

---

620) G. B. Cap. 8.

621) J. P. O. V. 27. XV. 2.

3) Ueber den Beweis s. §. 188. Jedoch muß man die allerletzte Bemerkung, wenn sie wahr seyn soll, nicht so verstehen, daß sie mit dem unter 2 angegebenen Inhalt des auch in der Note v wieder citirten fr. 24. im Widerspruch steht.

3) Ueber den Beweis s. §. 188. Jedoch muß man die allerletzte Bemerkung, wenn sie wahr seyn soll, nicht so verstehen, daß sie mit dem unter 2 angegebenen Inhalt des auch in der Note v wieder citirten fr. 24. im Widerspruch steht.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Fritz, Johann,

Erläuterungen, Zusätze und Berichtigungen zu v. Wening-Ingenheims Lehrbuch des gemeinen Civilrechts

Bd.: 1

Freiburg 1833

J.rom.c. 132 h-1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10623914-2